

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”**



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN
LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIALE PER
LO SVILUPPO E LA TUTELA DEL TERRITORIO**

Coordinatore: Prof. Fiorenzo Liguori

Ciclo XXVI

TESI DI DOTTORATO

**IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA NEI
CONTRATTI PUBBLICI: IL BANDO DI GARA**

Tutor
Ch.mo Prof.
Fortunato Gambardella

Candidata
Dott. Ida Fadigati

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA TRASPARENZA TRA PRINCIPI, REGOLE E GIURISPRUDENZA

1. Il principio di trasparenza come principio democratico.....pag.	3
1.1. L'autonomia concettuale del principio di trasparenza. »	13
2. Strumenti di conoscibilità e trasparenza amministrativa..... »	15
3. Il raggiungimento della trasparenza attraverso le forme dell'accesso, della pubblicità e della conoscenza..... »	17
4. La semplificazione normativa come strumento di trasparenza e democrazia (cenni) »	23
5. La questione degli <i>open data</i> (cenni) »	24
6. Il principio di documentalità..... »	26
7. Trasparenza e semplificazione amministrativa »	27
8. L'introduzione del cd. accesso civico »	30
9. I nuovi obblighi di pubblicità delle pubbliche amministrazioni..... »	35
10. Conclusioni parziali..... »	39

CAPITOLO SECONDO

I BANDI DI GARA: NATURA, PROFILI, APPLICAZIONE

1. Nozione..... »	41
2. Natura giuridica. Tesi privatistica »	43
2.1. Il cd. patto di integrità »	45
2.2. Tesi pubblicistica..... »	46
3. Le clausole di esclusione »	48
4. Natura giuridica del bando »	51

5. Eterointegrazione precettiva e disapplicazione del bando..... »	52
6. Il cd. autolimita..... »	55
7. Criteri di aggiudicazione »	56
8. Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa..... »	58
9. Requisiti di idoneità <i>ex art. 41 c.c.p.</i> »	61
10. L’interpretazione e l’applicazione del bando »	63
11. L’esclusione dalla gara per violazione della <i>lex specialis</i> »	68
12. Conclusioni parziali..... »	74

CAPITOLO TERZO

L’IMPUGNAZIONE DEI BANDI DI GARA

1. L’autotutela sugli atti dell’evidenza pubblica »	75
2. Legittimo affidamento e responsabilità precontrattuale dell’amministrazione »	78
3. Impugnazione differita del bando e ipotesi di impugnazione immediata »	81
3.1. <i>segue</i> . Ad. Plen., n. 1/2003 e sviluppi successivi..... »	84
4. L’impugnabilità del bando da parte di soggetti non partecipanti alla gara..... »	90
5. Conclusioni..... »	93
 Bibliografia »	 95

CAPITOLO PRIMO

LA TRASPARENZA TRA PRINCIPI, REGOLE E GIURISPRUDENZA

Sommario: 1. Il principio di trasparenza come principio democratico. – 1.1. L'autonomia concettuale del principio di trasparenza. – 2. Strumenti di conoscibilità e trasparenza amministrativa. – 3. Il raggiungimento della trasparenza attraverso le forme dell'accesso, della pubblicità e della conoscenza. – 4. La semplificazione normativa come strumento di trasparenza e democrazia (cenni). – 5. La questione degli *open data* (cenni). – 6. Il principio di documentalità. – 7. Trasparenza e semplificazione amministrativa. – 8. L'introduzione del cd. accesso civico. – 9. I nuovi obblighi di pubblicità delle pubbliche amministrazioni. – 10. Conclusioni parziali.

1. Il punto di partenza obbligato della presente trattazione deve essere rappresentato dal principio di trasparenza, quale imprescindibile parametro di riferimento dell'azione amministrativa.

Si tratta di un principio non espressamente sancito dalla nostra Carta costituzionale, eppure agevolmente enucleabile in via interpretativa dalla lettera del primo comma dell'art. 97 in tema di pubblici uffici¹.

È evidente che ai fini dell'affermazione di tale principio è risultata decisiva la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale, sin dalla seconda metà degli anni Novanta, ha desunto la trasparenza dal principio del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.²

La trasparenza, consacrata dal legislatore a partire dalla l. n. 241/1990³, recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di

¹ Per tale ragione, taluni Autori parlavano di criterio di trasparenza, anziché di principio *tout court*. Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2000, p. 45.

² Si vedano, *ex multis*, le sentt. nn. 262/1997, 40/1998, 300/2000, 372/2004, 172/2005, 104/2006, 182/2008, 85/2009, 148/2009, 175/2011, le quali hanno contribuito alla graduale affermazione del principio di trasparenza.

³ In realtà, l'espreso riferimento al principio di trasparenza nella l. n. 241/1990 è stato introdotto solo con la l. n. 15/2005 (Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa), malgrado, tuttavia, la dottrina già ritenesse la trasparenza una norma implicita del nostro ordinamento. Cfr., sul punto, P. TANDA, *La trasparenza nel moderno sistema amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2007, p. 160.

accesso ai documenti amministrativi”, costituisce, difatti, un corollario dei principi di legalità, buon andamento e imparzialità di cui all’art. 97, co. 1 Cost., nonché il presupposto logico-giuridico della partecipazione⁴ dei cittadini all’attività amministrativa.

I richiamati principi rappresentano il salto di qualità compiuto dalla Costituzione del 1948⁵ rispetto al regime precedente ed il segno di una vera e propria “rivoluzione copernicana” in tema di pubblica amministrazione, da una visione autoritaria, erede di una concezione dello Stato quale mero detentore della violenza finalizzata alla garanzia dell’ordine pubblico⁶, ad una visione pienamente democratica, coerente con l’idea di Stato sociale recepita nella Carta⁷.

In tal modo, entro un quadro così definito, conformemente allo spirito dell’art. 1 Cost., il soggetto cessa di essere *suddito*, in balia dell’arbitrio dei poteri pubblici, per divenire *cittadino*, tutelato appieno dall’ordinamento anche al cospetto dell’amministrazione⁸.

Tale mutamento di prospettiva, conseguente all’evoluzione del rapporto autorità-libertà, fa sì che i cittadini siano collocati, oggi, su un piano di sostanziale parità rispetto all’amministrazione e, quindi, in una posizione tale da poter controllare l’operato dell’ente pubblico⁹.

⁴ In tale accezione, la partecipazione, intesa appunto quale relazione tra amministrazione e privati, assurge a vero e proprio istituto giuridico. Sull’emersione di tale nozione giuridica si rinvia a F. GIGLIONI, S. LARICCIA, *Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 944.

⁵ Proprio nella Costituzione repubblicana e nei principi ricompresi nell’ordinamento democratico si è potuto trovare un solido sostegno al riconoscimento di una valenza giuridica degli istituti di partecipazione del privato all’attività amministrativa. Si pensi, non solo e non tanto al già richiamato art. 97 Cost., ma anche e soprattutto agli artt. 1 (in tema di sovranità popolare), 2 (in tema di diritti inviolabili) e 3 (in tema di partecipazione all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese) Cost. Sul punto, cfr. ancora F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., p. 946.

⁶ Cfr. P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1907. Consustanziale a tale visione autoritaria dell’amministrazione era senz’altro l’idea di una sostanziale superiorità della stessa nei confronti dei soggetti privati, con una conseguente esclusione, evidentemente, di fenomeni partecipativi. Sul punto, si rinvia a F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., p. 945.

⁷ Invero, già nell’ordinamento pre-repubblicano veniva riconosciuta ai cittadini una primordiale forma di accesso, i.e. il diritto di prendere visione ed estrarre copia di tutte le delibere comunali e provinciali (art. 62 t.u. com. prov. 1934, poi mod. dalla l. 9 giugno 1974, n. 530). Sul punto, cfr. M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi* (voce), in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 2.

⁸ Sul punto cfr. W. ULMANN, *Individuo e società nel Medioevo*, Bari, ed. 1983.

⁹ Cfr. P. TANDA, cit., p. 162.

L'emersione del principio di trasparenza è il frutto di un processo graduale¹⁰, che ha trovato il proprio momento culminante nell'adozione della richiamata l. n. 241/1990¹¹, grazie alla quale si è potuto finalmente superare il cd. segreto¹² amministrativo¹³ che aveva contraddistinto una lunga stagione della nostra amministrazione sin dall'Unità d'Italia (si pensi, soprattutto, al riconoscimento in quella sede del diritto di accesso)¹⁴ a vantaggio della progressiva affermazione di un principio di pubblicità dell'agire amministrativo¹⁵.

Si è, difatti, efficacemente affermato in dottrina che la l. n. 241/1990 abbia indebolito il carattere monolitico che aveva connotato la pubblica amministrazione nella lunga stagione precedente¹⁶.

Basti pensare che prima dell'introduzione della l. n. 241/1990, le poche disposizioni di apertura all'accesso, come l'art. 9 l. n. 1150/1942 (legge

¹⁰ Invero, il diritto positivo qualifica la trasparenza e la pubblicità a volte come principi (di diritto amministrativo o di rango costituzionale, sebbene non esplicitato nella Carta), a volte come criteri, a volte come meri strumenti, nonché quali obiettivi (cfr. art. 11 d.lgs. n. 150/2009), infine come livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost. Sul punto, cfr. P. MARSOCCI, *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013, p. 694.

¹¹ Di diverso avviso A. BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013, p. 729, secondo cui «il diritto di accesso, all'epoca erroneamente accolto come strumento al servizio della trasparenza, in realtà non si pose nel nostro ordinamento come il rovesciamento della regola del segreto, ma come un rimedio suppletivo riconosciuto solo ad alcuni, per superare talvolta una situazione che continuava a mantenere un carattere di persistente segretezza».

¹² La tendenza al segreto si era affermata, in particolare, a partire dal codice napoleonico, quale espressione di un forte distacco tra l'amministrazione e i suoi "sudditi". Cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 2.

¹³ Come si vedrà *infra*, i principi di trasparenza e pubblicità stessi non sono espressamente sanciti nemmeno nella Costituzione del 1948, il che ha, in qualche misura, determinato il loro tardivo recepimento da parte del legislatore. Secondo P. MARSOCCI, cit., p. 691, «il principio di pubblicità dell'agire istituzionale è stato esplicitato nella Carta costituzionale solo con riferimento all'attività delle Camere (art. 64, comma 2, art. 72, comma 3 e art. 73, comma 2); per le altre funzioni pubbliche è necessario invece desumere la vigenza di tale fondamento dall'interpretazione di altri principi». Secondo C. CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, p. 100, l'intento dell'evoluzione più recente del diritto amministrativo «è stato intendere la qualità pubblica dell'amministrazione non (solo) in contrapposizione con quanto è (affare) privato, ma in contrasto con il segreto (con quanto, cioè, non è conoscibile)».

¹⁴ Cfr. G. ARENA, *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 30.

¹⁵ Sul punto, cfr. P. MARSOCCI, cit., p. 720, ove si evidenziano, peraltro, i legami che la questione presenta con l'art. 21 Cost. in tema di libertà di informazione, nonché con l'art. 2 Cost. in tema di diritti inviolabili, segnatamente delle formazioni sociali.

¹⁶ F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., p. 949.

urbanistica) sugli atti di progetto del piano regolatore, l'art. 10, co. 9 l. n. 765/1967 sulla licenza edilizia o l'art. 20 l. n. 833/1978 sull'obbligo di informazione sanitaria e ambientale dei lavoratori sottoposti a rischio, erano viste come eccezioni alla regola del segreto¹⁷.

Parimenti, occorre rilevare che nel decennio precedente l'introduzione della l. n. 241/1990 si erano susseguite disposizioni che introducevano il diritto di accesso nella normativa di settore: è il caso dell'art. 25 l. n. 816/1985, che riconosce il diritto «di tutti i cittadini di prendere visione di tutti i provvedimenti adottati dai comuni, dalle province, dai consigli circoscrizionali, dalle aziende speciali di enti territoriali, dalle unità sanitarie locali, dalle comunità montane»; dell'art. 14 l. n. 349/1986, che garantisce ai cittadini un'ampia informazione in materia ambientale; del d.P.R. n. 250/1988, che, modificando l'art. 56 r.d. n. 444/1942, riconosce a chiunque il diritto di chiedere copia dei pareri resi dal Consiglio di Stato, salvo diversa esplicita dichiarazione di riservatezza da parte del Ministero competente; della l. n. 142/1990 (legge di riordinamento delle autonomie locali), che, all'art. 4, co. 2 demanda agli statuti locali di stabilire le forme dell'accesso dei cittadini «alle informazioni e ai procedimenti amministrativi» e al successivo art. 7, oltre ad affermare il principio generale di pubblicità di tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale, prescrive che i regolamenti locali debbano assicurare ai cittadini, singoli e associati, indipendentemente quindi da ogni qualificazione del loro interesse, il diritto di accedere a (tutti) gli atti amministrativi e di ottenere copie e, più in generale, il diritto di accedere alle informazioni in possesso dell'amministrazione nonché il diritto dei consiglieri di ottenere dagli uffici tutte le notizie utili all'esercizio del mandato, con l'obbligo di mantenere il segreto nei casi previsti dalla legge¹⁸.

¹⁷ cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 4.

¹⁸ M.A. SANDULLI, cit., pp. 4-5.

Oramai, può affermarsi che il segreto amministrativo occupi un ambito del tutto residuale¹⁹, potendosi giustificare deroghe al principio di pubblicità solo in presenza di un interesse superiore giuridicamente tutelato, solo ove le stesse trovino fondamento in norme costituzionali e nei limiti in cui si rivelino indispensabili per garantire altri interessi e beni costituzionalmente protetti²⁰.

Tuttavia, come si vedrà *infra*, tale processo non si è certo esaurito con la l. n. 241/1990²¹, avendo negli anni successivi il principio di trasparenza conosciuto ulteriori evoluzioni ed espansioni, in particolare con il d.lgs. n. 150/2009 (Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni) e il d.lgs. n. 33/2013 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni)²².

¹⁹ Secondo la giurisprudenza precedente all'introduzione del cd. accesso civico (sul quale si tornerà *infra*), il diritto d'accesso «è fondato sull'interesse sostanziale collegato ad una specifica situazione soggettiva giuridicamente rilevante ed è strumentale ad acquisire la conoscenza necessaria a valutare la portata lesiva di atti o comportamenti, sicché esso non garantisce un astratto potere esplorativo di vigilanza finalizzato ad accertare le modalità di svolgimento dell'attività amministrativa, ovvero tutela solo l'interesse qualificato alla conoscenza e non l'interesse ad effettuare un controllo generalizzato sull'Amministrazione per fatti che non hanno diretta e immediata incidenza sulla posizione del privato» (TAR Emilia Romagna – Parma, sez. I, 13 dicembre 2005, n. 580; si veda anche Cons. St., sez. VI, 24 maggio 1996, n. 727). Analogamente, la giurisprudenza tendeva a respingere istanze di accesso, nel caso in cui il richiedente abbia una posizione comunque differenziata in relazione ai documenti richiesti, ma difetti un collegamento adeguato tra l'interesse all'informazione e l'interesse che l'informazione potrebbe soddisfare, come nel caso di associazioni o organizzazioni. Sul punto, cfr. C. CUDIA, cit., p. 137.

²⁰ Cfr. C. CUDIA, cit., p. 130.

²¹ Basti pensare, ad esempio, che la funzione di controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni da parte della collettività era escluso dalla l. n. 241/1990 (cfr. art. 24). Tra le fonti normative che hanno via via ampliato gli obblighi di trasparenza e pubblicità in capo alle amministrazioni si segnalano gli artt. 58 ss. d.P.R. n. 445/2000 in tema di accesso ai documenti e alle informazioni del sistema; l'art. 13 d.P.R. n. 184/2006 relativo all'accesso telematico, poi sviluppato con ampiezza dal d.lgs. n. 82/2005 cd. Codice dell'amministrazione digitale, in particolare agli artt. 50 ss. La stessa linea è stata poi seguita anche dal d.l. n. 83/2012 che ricollega direttamente l'attuazione dell'accessibilità totale alla pubblicazione nei siti istituzionali delle amministrazioni, ma anche dall'art. 32, co. 1 l. n. 69/2009, che introduce importanti disposizioni in merito all'utilizzo di tali siti al fine di assolvere agli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale. Sul punto, cfr. M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013, p. 669.

²² L'art. 1, co. 1 d.lgs. n. 33/2013 definisce la trasparenza come «accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni» e attribuisce alla stessa lo «scopo di favorire forme diffuse di controllo» in ordine al «perseguimento delle funzioni istituzionali» e all'«utilizzo delle risorse pubbliche». Tale definizione di trasparenza è stata considerata «la più coraggiosa e la più avanzata rispetto a tutte quelle che l'hanno preceduta» (cfr. A. BONOMO, cit., p. 744).

In particolare, con il d.lgs. n. 150/2009 veniva introdotta, tra le altre cose, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT)²³, munita, tuttavia, di poteri non molto distanti da quelli di mera *moral suasion* per censurare gli inadempimenti delle amministrazioni agli obblighi di trasparenza di legge²⁴.

Lo stesso decreto legislativo conferma l'assunzione della trasparenza dell'attività amministrativa a livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m Cost.²⁵.

Si tratta di un'ulteriore consacrazione costituzionale del principio di trasparenza, oltre a quella ricavabile in via interpretativa dalla lettera dell'art. 97 Cost., quanto mai rilevante, giacché conferisce agli obblighi di trasparenza l'attributo dell'uniformità su tutto il territorio nazionale, presupposto indefettibile, come si vedrà *infra* (cfr. par. 8), di istituti di trasparenza come l'accesso civico.

Con il mutare del ruolo dell'amministrazione, muta parimenti la dialettica tra cittadino e amministrazione, in un'ottica di sussidiarietà finalizzata alla realizzazione dell'interesse generale²⁶.

Tuttavia, pur nella presa d'atto dell'estrema rilevanza rivestita dal principio di trasparenza nel nostro ordinamento per i motivi innanzi descritti, in sede di definizione non si può non considerarne il carattere di accessorialità (*rectius*, strumentalità) rispetto ai principi espressamente previsti dall'art. 97 Cost.: si pensi, in particolare, al rapporto tra trasparenza e imparzialità²⁷, laddove la prima, attraverso la pubblicazione di atti e fatti che attengono in qualche misura alla sfera

L'art. 1, co. 2 d.lgs. n. 33/2013 afferma che la trasparenza concorre «ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione» e precisa che «essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali»; in collegamento con «il diritto ad una buona amministrazione».

²³ Oggi, Autorità Nazionale Anticorruzione.

²⁴ Sul punto, si veda P. CANAPARO, *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi*, n. 4/2014.

²⁵ Tale collegamento sarà poi ribadito dalla l. n. 190/2012, nonché dal d.lgs. n. 33/2013.

²⁶ G. ARENA, cit., p. 44.

²⁷ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 241 individua un collegamento tra i diritti di informazione, strettamente correlati agli obblighi di trasparenza e pubblicità, e il principio di imparzialità, con riferimento all'art. 97 Cost.

dell'interesse generale, si rivela funzionale alla realizzazione della seconda, in termini, ad esempio, di prevenzione di favoritismi²⁸.

In altri termini, l'introduzione nel nostro ordinamento di istituti di trasparenza amministrativa concorre a realizzare i valori espressi dall'art. 97 Cost., tra i quali, appunto, l'imparzialità.

In un'accezione maggiormente valorizzante della trasparenza, si può sostenere che la stessa rappresenti una condizione di funzionamento per l'amministrazione che prescinde da qualsiasi rapporto con singoli²⁹.

La portata democratica di tali istituti è viepiù confermata dal collegamento che può stabilirsi tra l'imparzialità, intesa, ad esempio, come parità di armi nei concorsi pubblici, e il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., chiave di lettura fondamentale della Costituzione repubblicana.

Al contempo, la trasparenza può essere rinvenuta anche tra le righe della libertà di informazione compresa nella libertà di manifestazione del pensiero tutelata dall'art. 21 Cost.³⁰, ma anche in collegamento con la sovranità popolare (art. 1 Cost.), il pieno sviluppo della persona (art. 2 Cost.), l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.³¹), la possibilità di agire in giudizio contro

²⁸ Sul punto si veda R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 416. Secondo alcuni Autori, la trasparenza assumerebbe rilievo esclusivo in termini di strumentalità, quale condizione necessaria ma non sufficiente di un'amministrazione di qualità. Cfr. M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 154. Altri Autori attribuiscono alla trasparenza sia un valore finalistico, sia strumentale. Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013.

²⁹ A. PIOGGIA, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 693 ss.

³⁰ Cfr. F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID., G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), cit., p. 6. Addirittura, la Commissione parlamentare per le riforme istituzionali costituita nel 1983 (cd. Commissione Bozzi) nella propria Relazione alle Camere del 29 gennaio 1985 proponeva l'aggiunta nella Costituzione di un art. 21-bis che riconoscesse a tutti «il diritto di cercare, trasmettere e ricevere informazioni, nonché di accedere ai documenti e agli atti amministrativi che li riguardano». Sul punto, si veda M.A. SANDULLI, cit., p. 4.

³¹ Sul punto, cfr. C. Cost., sent. n. 182/2008 nella parte in cui si sottolinea che «l'art. 24 Cost. se indubbiamente si dispiega nella pienezza del suo valore prescrittivo solo con riferimento ai procedimenti giurisdizionali, non manca tuttavia di riflettersi in maniera più attenuata sui procedimenti amministrativi, in relazione ai quali, in compenso, si impongono al più alto grado le garanzie di imparzialità e di trasparenza che circondano l'agire amministrativo». C. CUDIA, cit., p. 134 ss. fa risalire il diritto di accesso al diritto di azione e di difesa ex art. 24 Cost. («[...] la difesa dei propri interessi è l'unico elemento in grado di sorreggere la richiesta di accesso laddove essa si scontri

gli atti amministrativi (art. 113 Cost.)³² e, più in generale, dall'intero impianto della Carta costituzionale³³.

La stessa trasparenza, peraltro, è definita dal legislatore quale elemento che concorre ad attuare principi costituzionali, che è condizione di garanzia dei diritti di libertà, che è utile ad integrare il diritto ad una buona amministrazione (di derivazione comunitaria³⁴) e a realizzare in senso più generale un'amministrazione aperta e al servizio del cittadino (cfr. art. 1, co. 2 d.lgs. n. 33/2013)³⁵.

Non mancano, peraltro, richiami al principio di trasparenza in ambito europeo³⁶ e sovranazionale: basti pensare alla Dichiarazione sul diritto di

con l'altrui diritto al riserbo»). Anzi, secondo l'Autrice (ivi, p. 138), «se l'interesse che sorregge l'accesso *rimanda* ad una posizione soggettiva giuridicamente rilevante e tutelabile, il diritto di accesso non può legarsi, sempre, alla possibilità di un giudizio». È il classico caso della partecipazione alle procedure concorsuali, nelle quali l'accesso alle informazioni si prefigura come presupposto per impugnare eventualmente gli atti del concorso. La stessa, poi (ivi, p. 140), si spinge ad affermare che «ai nostri fini, il carattere condizionato della titolarità del diritto di accesso avvalorava l'impossibilità di configurarlo come mezzo di trasparenza-pubblicità, e la necessità di riferirlo ad un rapporto giuridico particolare con l'amministrazione». Ed invero, l'Autrice (ivi, p. 148) afferma che «se la trasparenza è intesa come condizione *oggettiva e permanente* di conoscibilità dell'attività amministrativa, essa è cosa altra rispetto al diritto di accesso, il quale garantisce la conoscenza al cittadino "egoista", titolare di una situazione giuridica predefinita, al fine di ottenerne una protezione di tipo procedimentale o processuale». Sul carattere "egoista" dell'accesso si può richiamare M.A. SANDULLI, cit., p. 7, ove viene evidenziata, accanto al collegamento con l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa, la funzione privatistica dell'istituto quale mezzo per una più efficace tutela di posizioni giuridiche soggettive. A conferma di tale rilievo, l'art. 2, co. 1 d.P.R. n. 352/1992 aveva precisato che l'interesse che legittima la richiesta di accesso deve essere «personale» e «concreto». Dal punto di vista del procedimento amministrativo ("giusto procedimento"), invece, è lecito individuare un collegamento tra la trasparenza (e più in generale, gli istituti di partecipazione) e gli artt. 13 e 111 Cost., nel caso in cui lo svolgimento del procedimento abbia un effetto fortemente restrittivo per la persona (per esempio, provvedimenti dei giudici di sorveglianza) (cfr. C. Cost., sent. n. 70/1961; C. Cost., sent. n. 53/1968; ma anche, sul principio del contraddittorio, C. Cost., sent. n. 13/1962; C. Cost., sent. n. 23/1978; C. Cost., sent. n. 234/1985; C. Cost., sent. n. 151/1986; C. Cost., sent. n. 978/1988; C. Cost., sent. n. 57/1995; Cons. St., sez. VI, 8 luglio 1975, n. 300; Cons. St., sez. IV, 3 maggio 1977, n. 455; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 1984, n. 325; Cons. St., Ad. Plen., 19 giugno 1986, n. 6; nonché, nella giurisprudenza comunitaria sempre in tema di principio del contraddittorio, CGCE, 24 ottobre 1996, C-32/95; Trib. CE, 19 giugno 1997, T-260/94). Sulla questione, si veda F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., p. 948.

³² P. TANDA, cit., p. 163.

³³ cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 3.

³⁴ Già con raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 25 novembre 1981, n. 81-89, ove si affermava il diritto di ogni persona, indipendentemente dal possesso di una posizione giuridica qualificata, di ottenere su richiesta informazioni in possesso di autorità pubbliche, era venuta una decisiva spinta verso un esplicito riconoscimento legislativo del diritto di accesso.

³⁵ Sul punto, cfr. P. MARSOCCI, cit., p. 709.

³⁶ Si può affermare che il diritto comunitario ha fin dall'inizio dimostrato maggiore sensibilità e minore incertezza in ordine alla scelta di includere formalmente la trasparenza dei processi decisionali delle istituzioni (e istituti ad essa correlati, quali il diritto di accesso ai documenti e il diritto all'informazione) tra i principi generali del proprio ordinamento. Cfr. P. MARSOCCI, cit., p. 695.

accesso all'informazione allegata al Trattato di Maastricht, alla Convenzione di Aarhus sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, alla Dichiarazione di Laeken del 2001.

Si può, anzi, osservare che proprio i richiami alla trasparenza di cui alle fonti europee abbiano rappresentato un forte impulso alla positivizzazione del principio nel nostro ordinamento (basti pensare a quanto si dirà *infra* a proposito dei *Freedom of information acts*, vedi par. 8).

Si è, peraltro, rilevato che la trasparenza sia un attributo ontologico dell'amministrazione pubblica, un ovvio riflesso del suo essere *pubblica*³⁷.

A questo proposito, si è giustamente sostenuto che la conoscenza è potere e, pertanto, la trasparenza può essere considerata come basilare strumento di democrazia³⁸.

Al di là, comunque, della sua indubbia centralità, la trasparenza può entrare in contrasto con altri principi e valori previsti dall'ordinamento (si pensi, ad es., alla sicurezza nazionale³⁹, alla prevenzione dei crimini e alla prevenzione della divulgazione di informazioni confidenziali), richiedendo all'interprete non sempre facili operazioni di bilanciamento⁴⁰.

³⁷ Cfr. E. CASSETTA, cit., p. 47.

³⁸ Sul punto, si rinvia a F. RIMOLI, G. SALERNO (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, 2006. Nell'attuale sistema, l'amministrazione si afferma come democratica in ragione di principi quali la trasparenza e il contraddittorio, indispensabili a connotarne la legittimità dell'azione. Sul punto, si veda F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, pp. 25 ss.

³⁹ Si veda, sul punto, l'art. 24, co. 1, lett. a l. n. 241/1990, ai sensi del quale «Il diritto di accesso è escluso: per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo». La legge n. 801/1977 fa riferimento a atti, documenti, notizie, attività e ogni altra cosa «la cui diffusione sia idonea a recar danno all'integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio delle funzioni degli organi costituzionali, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato» (cfr. art. 12). Quanto agli altri casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento, ai quali fa più genericamente richiamo l'art. 24 co. 1 l. n. 241/1990, vi si possono ricondurre il segreto militare (r.d. n. 161/1941), il segreto industriale (art. 623 c.p.), il segreto commerciale, il segreto professionale, il segreto epistolare, il segreto bancario, il segreto istruttorio, il segreto statistico (d.lgs. n. 332/1989). Sul punto, cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 16.

⁴⁰ La conferma della prevalenza della trasparenza sul segreto è data del resto dall'obbligo di motivazione che deve accompagnare il rifiuto dell'accoglimento e non il suo accoglimento ai sensi della l. n. 241/1990 (M.A. SANDULLI, cit., p. 18).

Per addivenire al bilanciamento di interessi contrapposti in materia, si rivela oltremodo preziosa l'attività interpretativa dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (già CIVIT)⁴¹ e del Garante per la protezione dei dati personali.

In particolare, possono configurarsi ipotesi di conflitto tra esigenze di trasparenza ed esigenze di efficienza della pubblica amministrazione, potendosi talora determinare, in ragione delle prime, dei rallentamenti dell'azione amministrativa.

Si parla, sul punto, di *costi* della trasparenza, nella duplice accezione di costi diretti (uffici; personale; conservazione, trattamento e riproduzione dei documenti contenenti le informazioni soggette a trasparenza) e di costi indiretti, in relazione all'effetto di "intrafcio" all'attività amministrativa che gli istituti di trasparenza possono comportare⁴².

Oppure, in modo ancor più significativo, possono configurarsi ipotesi di conflitto tra esigenze di trasparenza ed esigenze di riservatezza di terzi⁴³; in altri termini, tra interesse generale e diritti della persona individuabili nell'alveo dell'art. 2 Cost.

Si può sostenere con un'efficace formula sintetica che oggi le compressioni al principio di trasparenza siano limitate esclusivamente a quei settori, vicende o momenti in cui la segretezza è imposta da esigenze di perseguimento/realizzazione del pubblico interesse o di tutela di posizioni private⁴⁴ (si veda l'art. 28 l. n. 241/1990).

⁴¹ Istituita ex art. 13 d.lgs. n. 150/2009. L'Autorità oggi unisce competenze in tema di lotta alla corruzione a quelle originarie della CIVIT in tema di trasparenza e integrità che vengono rafforzate in maniera significativa al fine di assicurare effettività alla sua azione.

⁴² Cfr. F. MERLONI, cit., p. 13.

⁴³ La questione, di straordinaria rilevanza e tutt'ora densa di implicazioni, era stata affrontata, *ex multis*, da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/1997, per il quale, per chiara ed univoca scelta legale, il diritto di accesso volto alla cura e alla difesa di interessi prevale sulla tutela della riservatezza di terzi. Sui problemi inerenti il rapporto tra obblighi di pubblicazione e tutela della riservatezza si vedano ampiamente, dell'Autorità garante per la tutela dei dati personali, la deliberazione 2 marzo 2011, n. 88, adottata a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32 l. n. 69/2009 e il parere adottato il 7 febbraio 2013 sullo schema di quello che poi è diventato il d.lgs. n. 33/2013. Sul punto, cfr. M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 671.

⁴⁴ M. OCCHIANA, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 141.

Non è questa la sede per approfondire tali conflitti, tuttavia resta fermo il dato della complessità delle implicazioni giuridiche scaturenti dal principio della trasparenza amministrativa, sulle quali si avrà modo di tornare nel corso della trattazione.

1.1. Per quanto attiene al principio di trasparenza, richiamato nel paragrafo precedente, occorre rilevare che lo stesso, lungi dall'essere appiattito in un'accezione univoca, sostanzialmente confusa con principi affini (buon andamento, legalità, eguaglianza), assume rilevanza del tutto autonoma e precipua nel nostro ordinamento.

Si è rilevato in dottrina il carattere multiforme di tale principio, che per la propria natura si declina nei più diversi principi e regole: ad esempio, il principio della concorsualità, l'evidenza pubblica, la pubblicità, il diritto di accesso⁴⁵.

Si è, addirittura, sostenuto che, stante la propria natura estremamente eterogenea e multiforme, il principio di trasparenza possa definirsi quale “principio *bon à tout faire*”⁴⁶.

Tuttavia, perlomeno a far data dall'introduzione della novella di cui alla l. n. 69/2009 all'art. 1 della l. n. 241/1990⁴⁷, il legislatore ha ritenuto di consacrare appieno tale principio in materia di procedimento amministrativo, quasi a volerne ribadire il valore di norma cogente e non già di mera norma programmatica⁴⁸.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in www.astrid-online.it, 2009.

⁴⁷ Tuttavia, M. OCCHIENA, cit., p. 142-143 individua un catalogo di norme anche risalenti, dalle quali è possibile riconoscere una graduale emersione del principio di trasparenza, mediante l'affermazione della conoscibilità e dell'accessibilità degli atti e dei documenti amministrativi: si pensi alle norme della legislazione comunale e provinciale – art. 113 r.d. n. 5921/1889; art. 82 r.d. n. 297/1911; art. 62 r.d. n. 383/1934; art. 25 l. n. 816/1985; art. 7 l. n. 142/1990; art. 10 d.lgs. n. 267/2000; nonché all'art. 31 l. n. 1150/1942 sulla possibilità per chiunque di prendere visione delle licenze edilizie; all'art. 14 l. n. 349/1986 e ai d.lgs. n. 39/1997 e n. 195/2005 sul diritto di accesso e la diffusione delle informazioni ambientali. A conferma di ciò, occorre rilevare che l'esplicita introduzione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento è stata ritenuta da alcuni Autori come priva di innovatività, in quanto mera sottolineatura di una impostazione preesistente che riteneva tale principio già ampiamente operante nel nostro ordinamento. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 1 cit. in M. OCCHIENA, cit., p. 145.

⁴⁸ Cfr. M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 85.

Tale tendenza, peraltro, si iscrive nel medesimo solco della giurisprudenza amministrativa, sull'immediata precettività del principio di imparzialità, di guisa che la violazione del canone può venire in rilievo anche in fattispecie sprovviste di tipizzazione normativa⁴⁹.

Dell'imparzialità sono state evidenziate due dimensioni, una esterna, inerente ai rapporti tra amministrazione e privati, e l'altra interna, inerente all'organizzazione dei pubblici uffici, obliterata dalla dottrina classica, informata ad una visione novecentesca dell'amministrazione⁵⁰.

Ferma restando l'autonomia concettuale del principio di imparzialità, così come consacrato da ultimo dal legislatore del 2009, non si può non ravvisarne un certo collegamento con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in termini di garanzia della parità di trattamento da parte dell'amministrazione⁵¹.

La latitudine e l'effettività di tale principio è facilmente percepibile sia con riferimento ai procedimenti cd. ampliativi, sia con riferimento ai procedimenti cd. restrittivi della sfera giuridica del destinatario⁵².

Ed invero, in relazione ai primi, l'imparzialità si declina quale par condicio dei concorrenti, nell'ipotesi, ad es., di gare pubbliche⁵³.

In relazione ai secondi, l'imparzialità è da intendersi soprattutto quale limite al potere discrezionale dell'amministrazione, perché lo stesso non si traduca in una compressione eccessiva dell'interesse privato, in evidente connessione con i principi di legalità e proporzionalità dell'azione amministrativa⁵⁴.

⁴⁹ Cons. St., V, 1° aprile 2009, n. 2070.

⁵⁰ Cfr. M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 85.

⁵¹ Sul punto cfr. ancora Cons. St., V, 1° aprile 2009, n. 2070 che afferma l'immediata precettività dell'art. 97 Cost. quale idoneo parametro normativo di valutazione della legittimità dell'attività amministrativa, trattandosi di una declinazione, sul versante ordinamentale, del principio di uguaglianza, scolpito dall'art. 3 Cost.

⁵² Cfr. M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 88.

⁵³ Cfr., *ex multis*, Cons. St., V, 29 dicembre 2009, n. 8817.

⁵⁴ Cfr. M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 89.

2. Il principio di trasparenza nell'accezione di propulsore di democrazia, così come descritto nel paragrafo precedente, riceve attuazione nell'ordinamento attraverso una pluralità di istituti messi a disposizione dei cittadini, dei quali l'accesso rappresenta un esempio paradigmatico.

Unitamente all'accesso disciplinato dagli artt. 22 ss. l. n. 241/1990 s.m.i., è possibile definire un catalogo tendenziale di strumenti di conoscibilità e trasparenza amministrativa in vigore nella nostra esperienza giuridica: si pensi alla pubblicità, all'obbligo di motivazione *ex art. 3 l. n. 241/1990* (che fornisce informazioni sul formarsi della volontà dell'amministrazione, sugli elementi che sono stati alla base della decisione⁵⁵), al regime delle competenze degli uffici, all'istituzione degli Uffici per le Relazioni con il Pubblico⁵⁶ (cfr. l. n. 150/2000), all'individuazione del cd. responsabile del procedimento, all'obbligo di conclusione espressa, alla previsione di un termine per la conclusione dei procedimenti, alle carte di servizio che impongono alle amministrazioni di predefinire i livelli di prestazione da fornire e di verificarne il raggiungimento con l'ausilio di valutazioni fornite dagli utenti o da associazioni di essi⁵⁷ e, più in generale, all'attività di informazione e comunicazione svolta dalle amministrazioni⁵⁸.

⁵⁵ L'obbligo di motivazione diviene, alla stessa stregua dell'istituto dell'accesso, ambito di elezione del principio di trasparenza, in termini adeguata esternazione dei motivi dell'agire da parte della pubblica amministrazione (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 19 novembre 2009, n. 2376).

⁵⁶ Ma anche, più semplicemente, gli uffici stampa e gli uffici comunicazione, che, in relazione alle rispettive funzioni, pure concorrono alla diffusione e circolazione delle informazioni. Cfr. P. MARSOCCI, cit., p. 717.

⁵⁷ F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., p. 949.

⁵⁸ Occorre distinguere la natura e la finalità di tali attività rispetto alla pubblicità propriamente detta. Secondo C. CUDIA, cit., p. 128, «Mentre nell'attività di informazione la trasmissione di conoscenza tende esclusivamente alla diffusione di dati certi, ed i comportamenti successivi dei destinatari esulano dagli scopi e dal raggio di azione di chi informa, nella comunicazione la trasmissione di conoscenza tende a creare un patrimonio informativo condiviso al fine di guidare o condizionare il comportamento di una o entrambe le parti del rapporto. La trasparenza-pubblicità ha dunque un'intrinseca oggettività: non tanto perché volta a diffondere una verità pubblica», ma perché risulta, come osservato, del tutto fine a se stessa, senza che assumano rilievo giuridico né gli interessi generali di cui è prima portatrice la p.a., né le scelte successive dei privati. Al contrario, la comunicazione si pone come «funzione» perché è preordinata al miglioramento dell'azione dei pubblici poteri attraverso l'apporto partecipativo dei cittadini. A livello sistematico, dunque, la comunicazione si colloca tra gli istituti di partecipazione e, pertanto, non può rappresentare un'attuazione del principio di trasparenza».

È bene precisare che conoscibilità e trasparenza non sono concetti perfettamente sovrapponibili, posto che la conoscibilità delle informazioni persegue valori diversi, quali, ad esempio, l'efficacia (*rectius*, l'entrata in vigore) degli atti⁵⁹.

È pur vero, tuttavia, che gli strumenti di pubblicità concorrono a conseguire anch'essi gli obiettivi democratici espressi dal principio di trasparenza, in termini di certezza del diritto.

Vi è, pertanto, un rapporto di complementarità tra pubblicità e accesso, atteso che quest'ultimo si rende necessario solo ove non vi era stata pubblicità.

Muta, tuttavia, la posizione dei soggetti coinvolti (amministrazione e cittadino): nel primo caso la prima svolge un ruolo attivo, decidendo cosa pubblicare, mentre il cittadino è collocato in una posizione passiva; nel secondo caso, è l'interessato che si attiva alla ricerca delle informazioni che ritiene utili, mentre l'amministrazione assume un atteggiamento passivo (deve limitarsi a consentire l'accesso)⁶⁰.

Tali strumenti consentono alla comunità dei cittadini un controllo diffuso dell'operato delle istituzioni (cd. partecipazione dal basso)⁶¹, concorrendo al consolidarsi di un'amministrazione maggiormente partecipata e responsabile (*open government, accountability, participation, legitimacy*), in ossequio ad un'esigenza di maggiore prossimità tra le amministrazioni e le comunità di riferimento⁶².

In questa sede, tuttavia, per evidenti ragioni legate al tema della ricerca, ci si soffermerà esclusivamente sugli strumenti strettamente afferenti alla pubblica amministrazione, obliterando gli istituti di partecipazione politica, che pure attengono a meccanismi di controllo dei pubblici poteri.

⁵⁹ Cfr. F. MERLONI, cit., p. 8.

⁶⁰ Ivi, p. 10.

⁶¹ Si parla a tal proposito di "controllo pubblico", nell'accezione di vigilanza e verifica critica dei consociati sull'attribuzione e sull'esercizio del potere, in ossequio alla teoria dei limiti nel costituzionalismo democratico contemporaneo. Sul punto, cfr. P. MARSOCCHI, cit., p. 711.

⁶² Cfr. P. CANAPARO, cit.

3. Già nei paragrafi precedenti, in sede di introduzione del tema, si è avuto modo di chiarire il rapporto stabilitosi nella vulgata giuridica tra trasparenza e accesso, in ossequio al convincimento che il secondo esaurisca uno strumentario previsto dall'ordinamento a tutela della prima⁶³.

Basti pensare, a questo proposito, che la più volte citata l. n. 241/1990 è comunemente nota anche come “legge sulla trasparenza”⁶⁴.

Non si è mancato, tuttavia, di rilevare la tesi contraria al collegamento tra trasparenza e accesso, in base alla quale «la disciplina del diritto di accesso è connotata (quantomeno) dal rischio che la pretesa all'informazione debba essere bilanciata in concreto con altri interessi. Viceversa la trasparenza-pubblicità (se e nei limiti in cui è prevista) è irresistibile: non può essere subordinata a verifiche o condizioni⁶⁵».

Tuttavia, l'affermazione nel nostro ordinamento dell'istituto dell'accesso non è da intendersi quale fenomeno istantaneo, esauritosi con l'adozione della legge 241.

Lo stesso, piuttosto, ha conosciuto una graduale evoluzione, anche nella giurisprudenza amministrativa, al punto da smarrire alcune delle premesse che a suo tempo avevano costituito la base dei lavori della cd. Commissione Nigro, incaricata di predisporre la normativa del 1990.

Ed invero, soprattutto a seguito della novella del 2005 (l. n. 15/2005) e del successivo d.P.R. n. 184/2006, il diritto di accesso si è andato progressivamente chiudendo quale strumento di tutela individuale, residuando solo una componente marginale di tutela diffusa dei cittadini⁶⁶.

Si è, contestualmente, sviluppata una pluralità di “diritti di accesso” (il che, evidentemente, vale ad ampliare il novero degli strumenti di trasparenza

⁶³ Si veda M.A. SANDULLI, cit., pp. 1 ss.

⁶⁴ E. CARLONI, *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), cit., p. 353.

⁶⁵ C. CUDIA, cit., p. 148.

⁶⁶ E. CARLONI, cit., p. 355.

messi a disposizione dall'ordinamento): un diritto di accesso informativo o esoprocedimentale ai sensi dell'art. 22 l. n. 241/1990⁶⁷, un diritto di accesso partecipativo o endoprocedimentale ai sensi dell'art. 10 l. n. 241/1990⁶⁸, un diritto di accesso ai propri dati personali previsto dalla normativa in materia di *privacy* e richiamato dalla legge sul procedimento⁶⁹.

Ulteriore distinzione da operare, nell'ambito degli istituti previsti dall'ordinamento, è quella tra informazione e comunicazione⁷⁰, spesso

⁶⁷ L'art. 22 l. n. 241/1990 riconosce tale accesso in ordine a qualsiasi atto o documento informativo, indipendentemente dalla pendenza di un procedimento, in capo a chiunque vi abbia interesse «per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti», al dichiarato «fine di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale». La nozione di «situazioni giuridicamente rilevanti», alla luce dell'attività interpretativa della giurisprudenza amministrativa (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 10 giugno 1996, n. 1024; Cons. St., sez. VI, 7 dicembre 1993, n. 966; Cons. St. sez. VI, 19 luglio 1994, n. 1243; Cons. St., sez. IV, 26 novembre 1993, n. 1036; Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 1998, n. 14; Cons. St., sez. VI, 27 marzo 1992, n. 193; Cons. St., sez. IV, 18 maggio 1998, n. 840; Cons. St., sez. IV, 27 agosto 1998, n. 1137; Cons. St., sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 98; Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 1996, n. 1288; Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 1995, n. 830; Cons. St., sez. IV, 31 ottobre 1997, n. 1249; Cons. St., sez. IV, 10 settembre 1996, n. 1024; Cons. St., sez. VI, 13 giugno 1995, n. 588; Cons. St., sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82) è stata identificata nella sussistenza di una situazione che l'ordinamento qualifichi, dandovi rilievo e proteggendola, e nel fatto che il suo interesse alla richiesta di informazione si fondi sulla tutela di quella situazione, peraltro non limitata alla titolarità di una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo (ivi compresi, le aspettative di diritto e gli interessi diffusi: cfr. Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1683; TAR Lazio, sez. III, 23 gennaio 1998, n. 297; TAR Lazio, sez. III, 8 maggio 1997, n. 1034; Cons. St., sez. VI, 30 settembre 1998, n. 1346; TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 1998, n. 1316; Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 1998, n. 1649; Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 1995, n. 158; Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 1995, n. 1190; Cons. St., sez. VI, 26 marzo 1992, n. 193; TAR Lombardia – Brescia, 13 dicembre 1993, n. 1042). Sul punto, cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 9. Vi è da aggiungere, sul punto, che l'espressione «tutela» qui non è da intendersi come limitata alla tutela giurisdizionale né una forma di «reazione ad una minaccia di fatto», ma vale anche «quale positivo esercizio di una situazione giuridica soggettiva». Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Considerazioni in tema di diritto di accesso*, in *Scritti per E. Silvestri*, Milano, 1992, p. 437 cit. in M.A. SANDULLI, cit.

⁶⁸ L'art. 10 l. n. 241/1990, rubricato «Diritti dei partecipanti al procedimento», prevede che «I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento». I soggetti di cui all'art. 7 sono, oltre ai diretti destinatari del provvedimento finale, coloro che per legge devono intervenire nel procedimento o che, in considerazione degli effetti pregiudizievoli che potrebbero subirne, devono comunque essere informati del relativo avvio. Va rilevato che non vi è differenza in ordine alla disciplina dei due tipi di accesso, ma solo in ordine alla finalità e alla *ratio* di essi: quello partecipativo è strettamente strumentale all'esercizio dei poteri partecipativi, l'accesso generale (artt. 22 ss. l. n. 241/1990) può essere fine a se stesso. Cfr. F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit. p. 963.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Sul punto, M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 673 precisa che «in passato i flussi di informazione in cui di fatto è inevitabilmente coinvolta l'amministrazione – sia al proprio interno, che verso i cittadini – anziché essere valorizzati come parti di un più ampio fenomeno di comunicazione, venivano piuttosto ricondotti in modo meccanico ed implicito, da un lato, ai collegamenti interni alla tradizionale struttura piramidale dell'organizzazione amministrativa, centrata sui concetti di gerarchia e di competenza; e dall'altro, alla scansione sequenziale e deterministica del procedimento amministrativo formale, in cui lo scambio di informazioni fra gli uffici e fra questi ed i destinatari dell'azione

impropriamente sovrapposti, tenuto conto che la prima consiste in una trasmissione neutrale di conoscenza, volta a dare forma alla realtà, mentre la seconda è rivolta ad indurre comportamenti e a modificare condotte⁷¹.

È, peraltro, opportuno rilevare che gli obblighi di pubblicazione sanciti dal d.lgs. n. 33/2013 incidono sulla comunicazione intesa come attività di supporto ad altre funzioni o aspetti dell'amministrazione, come ad es., l'organizzazione degli uffici (art. 13); il procedimento (art. 35); il personale (artt. 15 ss.); le comunicazioni tra amministrazioni⁷² (art. 35, co. 3); le comunicazioni tra amministrazioni e privati (artt. 13 e 35)⁷³.

Di particolare rilevanza è, inoltre, la cd. comunicazione di innovazione⁷⁴, che consiste nell'attività necessaria a mettere i cittadini e i dipendenti pubblici a conoscenza delle riforme normative, anche mediante la pubblicazione dei link alle norme di legge statale pubblicate nella banca dati "Normattiva" (cfr. art. 12 d.lgs. n. 33/2013⁷⁵).

amministrativa si presenta come mero adempimento di obblighi posti dalla normativa di specie». Ivi, p. 675 si evidenzia che «con la legge 7 giugno 2000, n. 150, l'intero fenomeno della comunicazione pubblica diventa di per sé oggetto di una specifica disciplina normativa, in cui la comunicazione viene definita in modo specifico come strumento dell'amministrare, come funzione a sé e non solo come attività strumentale allo svolgimento di altre funzioni».

⁷¹ E. CARLONI, cit., p. 361.

⁷² Sull'obbligo di comunicazione interna ed esterna che grava su ciascun ufficio pubblico insieme all'obbligo di interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici cfr. anche il d.lgs. n. 29/1993; il d.lgs. n. 82/2005, cd. Codice dell'amministrazione digitale, poi modificato dal d.lgs. n. 233/2010. È, inoltre, il caso di richiamare, sul punto, anche la l. n. 150/2000 (Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni), in forza della quale è stato introdotto nell'ordinamento giuridico un dovere generale di circolazione di dati, conoscenze, informazioni sia all'interno di ogni singola struttura amministrativa, sia all'interno del complessivo sistema amministrativo, sia all'esterno, ossia verso i privati e verso gli altri enti e soggetti pubblici. Cfr. P. MARSOCCI, cit., p. 717.

⁷³ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 677.

⁷⁴ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 679 parla altresì di comunicazione di cittadinanza, in riferimento a quell'attività svolta per rendere coloro a cui si rivolge (privati, ma anche dipendenti pubblici) soggetti consapevoli nell'ambito di attività finalizzate alla soddisfazione di interessi generali per le quali l'esercizio dei poteri autoritativi non è più sufficiente, ad es., attività di pianificazione e di governo del territorio (art. 39 d.l. n. 33/2013) o informazioni ambientali (art. 40 d.l. n. 33/2013). Sul punto, P. MARSOCCI, cit., p. 707 parla di finalità educativa o di cittadinanza per «promuovere ed orientare comportamenti individuali e collettivi verso i fini e nel rispetto dei compiti individuati dall'ordinamento giuridico, anche nel rispetto ed in attuazione del principio costituzionale di solidarietà».

⁷⁵ Ai sensi di tale disposizione, si prevede la pubblicazione del«le direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall'amministrazione e ogni atto che dispone in generale sull'organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si dettano disposizioni per l'applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta».

Nella pluralità degli strumenti di trasparenza previsti (sommariamente elencati *supra*, *sub* par. 2), poi, occorre rilevare un'importante distinzione tra dimensione effettiva e dimensione organizzativa della trasparenza: in relazione alla prima, ci si può riferire all'istituto dell'accesso; in relazione alla seconda, si può pensare all'istituzione di uffici, personale e competenze dedicate in seno all'amministrazione.

Naturalmente, nel contesto attuale, non potrebbe immaginarsi trasparenza senza la previsione di informazioni in formato digitale da mettere a disposizione del cittadino.

Quest'ultima esigenza è stata avvertita dal legislatore sin dall'art. 10 d.lgs. n. 165/2001, in tema di trasparenza delle amministrazioni pubbliche, oltre che, ovviamente, in modo più compiuto, con il d.lgs. n. 82/2005 (cd. Codice dell'amministrazione digitale).

Si pensi, a questo proposito, al primo comma dell'art. 12 d.lgs. n. 82/2005, ai sensi del quale le pubbliche amministrazioni «utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione».

A ben vedere, nella disposizione richiamata si può leggere una sorta di aggiornamento dei principi sanciti nell'art. 97 Cost., alla luce dell'evoluzione tecnologica e giurisprudenziale.

Come già osservato, l'obiettivo della trasparenza viene perseguito nel nostro ordinamento non solo attraverso istituti quali l'accesso, ma anche attraverso apposite istituzioni che perseguono statutariamente le medesime finalità.

È il caso, ad esempio, dell'Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione⁷⁶ o dell'Ispettorato per la Funzione Pubblica presso il Dipartimento della Funzione Pubblica⁷⁷.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 1, co. 4 l. n. 3/2003, l'Alto commissario svolge le proprie funzioni nel rispetto dei principi fondamentali tra cui quello di «trasparenza e libero accesso alla documentazione amministrativa», nonché quello di «libero accesso alle banche dati della pubblica amministrazione», con obbligo di relazione semestrale al Presidente del Consiglio, che riferisce alle Camere.

⁷⁷ Cfr. art. 60, co. 6 d.lgs. n. 165/2001, come sostituito dall'art. 71 d.lgs. n. 150/2009.

Sono da segnalare, altresì, talune ipotesi di pubblicità previste dal legislatore, quali le misure di conoscibilità relative agli incarichi di consulenza presso amministrazioni pubbliche o il diritto di chiunque di prendere visione dei dati contenuti nell'anagrafe degli amministratori regionali e locali⁷⁸.

Si tratta di un imprescindibile dato di civiltà giuridica, necessario a far evolvere il rapporto tra cittadino e amministrazione, limitando quanto più possibile le inevitabili opacità e asimmetrie informative.

Si tornerà ancora, nel corso della presente trattazione, sulla nozione di pubblicità⁷⁹ e sul suo evidente collegamento con il principio di trasparenza.

In questa sede, basti registrare il dato della affinità della prima rispetto alla seconda, che secondo taluni Autori si traduce finanche in un rapporto di *genus a species*, ove la pubblicità costituisce una *species* del più ampio *genus* del principio di trasparenza, limitata alla materia dell'evidenza pubblica e dei contratti pubblici⁸⁰.

Del resto, la pubblicità consiste semplicemente in un mero stato dell'atto, contrapposto alla segretezza, non dotato della valenza assiologica che contraddistingue, invece, la trasparenza⁸¹.

Un primo argomento di carattere sistematico valevole a distinguere le due nozioni lo si può ricavare dai lavori preparatori della citata l. n. 15/2005: nella Relazione del relativo disegno di legge presentata il 6 novembre 2003 dalla I Commissione permanente della Camera dei deputati è chiaramente

⁷⁸ E. CARLONI, cit., p. 366.

⁷⁹ Sul punto, è opportuno evidenziare la nozione di "pubblicazione" come «pubblicazione [...] nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività» sottoposti al relativo obbligo (cfr. art. 2, co. 2 d.lgs. n. 33/2013). Non vi è dubbio che si tratti, oggi, di una nozione tecnica e non già meramente fattuale, come dimostra, peraltro, la circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 18 luglio 2013, n. 2, nella quale si legge che «le prescrizioni di trasparenza sono immediatamente precettive secondo quanto previsto nell'allegato A al decreto [d.lgs. n. 33/2013], il quale costituisce lo schema che va doverosamente seguito per realizzare la pubblicità in senso giuridico e non solo fenomenologico». Secondo C. CUDIA, cit., p. 123 la regola di pubblicità «è un meccanismo che risolve in via astratta (potrebbe dirsi *ex tunc*) il conflitto tra segreto e informazione a favore di quest'ultima, consentendo la formazione di un'opinione individuale su quanto è pubblico e nella prospettiva (eventuale e quindi giuridicamente non determinante) del compimento di scelte successive».

⁸⁰ Cfr. M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 94.

⁸¹ P. TANDA, cit., p. 169.

puntualizzato che «la trasparenza è principio diverso dalla pubblicità ed è alla base per un corretto rapporto con il cittadino, in grado di determinare una diminuzione del tasso di contenzioso»⁸².

Possono, a tal proposito, ben registrarsi ipotesi di divergenza tra trasparenza e pubblicità, laddove, ad esempio, nel caso di bandi di concorso pubblicati in modo ineccepibile, ma nel mese di agosto, al chiaro fine di limitarne la conoscibilità: qui il requisito della pubblicità può dirsi soddisfatto, non altrettanto per quanto attiene alla trasparenza⁸³.

In altri termini, può affermarsi che la pubblicità non si preoccupi di perseguire l'obiettivo della effettiva intelligibilità di atti e provvedimenti da parte del cittadino, connotato, invece, al principio di trasparenza⁸⁴.

Ulteriore profilo distintivo è dato, ad esempio, dall'assoluta estraneità che l'istituto dell'accesso, declinazione tipica, come si è visto, del principio di trasparenza, ha nei confronti della pubblicità, costituendo piuttosto una forma di conoscenza differenziata (*rectius*, esclusiva) di atti detenuti da enti pubblici⁸⁵.

Ed invero, il diritto di accesso dovrebbe intendersi come strumento alternativo alla pubblicità: proprio laddove la conoscenza di un atto non rientra nel patrimonio informativo potenziale di un qualsiasi soggetto privato, è necessario predisporre strumenti che consentano di valutare la sussistenza di un interesse alla conoscenza, personale ed idoneo a superare il segreto amministrativo (leggi, appunto, l'applicabilità dell'istituto dell'accesso, cd. diritto di informazione a titolarità ristretta)⁸⁶.

Parimenti, la segretezza può talora rivelarsi compatibile con le esigenze di trasparenza perseguite dall'ordinamento: è il caso, ad esempio, della tutela della riservatezza, consentita, come si è avuto modo di rilevare, entro certi limiti.

⁸² Cfr. M. OCCHIENA, cit., p. 143.

⁸³ P. TANDA, cit., p. 170.

⁸⁴ M. OCCHIENA, cit., p. 143.

⁸⁵ Ivi, p. 145.

⁸⁶ C. CUDIA, cit., p. 102. Ivi, p. 131 si afferma, a proposito, del diritto di accesso che «non si tratta di uno strumento per la trasparenza-pubblicità, ma – al contrario – di un rimedio ad una situazione di mancata pubblicità».

4. In questa sede, vale la pena accennare anche al tema della semplificazione normativa, che, in qualche misura, si collega alle misure di trasparenza accennate nei paragrafi precedenti.

Difatti, solo entro un quadro caratterizzato da regole certe e facilmente intelleggibili⁸⁷, può immaginarsi una dialettica sana tra amministratori e amministrati.

Del resto, il profilo normativo e regolamentare presiede anche all'attività amministrativa e, pertanto, non può non essere preso in considerazione ai fini della pubblicità e della trasparenza.

La semplificazione è divenuta, pertanto, uno degli obiettivi principali perseguiti negli ultimi anni, nelle diverse sedi *lato sensu* normative previste nel nostro ordinamento.

Si è segnalata, difatti, l'opportunità di ridurre il numero dei testi normativi in vigore, mediante un'adeguata attività di manutenzione tecnico-normativa (si pensi alla tecnica della novella legislativa), allo scopo di eliminare *ab origine* ipotesi di antinomie o disarmonie sistematiche.

Un possibile rimedio, sul punto, è offerto dalla tecnica dei cd. testi unici, vale a dire riunire tutte le norme che disciplinano una determinata materia.

Tale opzione si è resa necessaria anche in sede regionale, ove, ad oltre dieci anni dalla riforma del titolo V, parte II della Costituzione, si assiste già ad una certa ipertrofia legislativa⁸⁸.

Il tema della semplificazione normativa e regolamentare, che attiene alla più ampia questione della *better regulation*, si inserisce appieno nel solco degli strumenti richiamati in precedenza, contribuendo ad ampliare le garanzie del cittadino e a migliorare, altresì, la qualità dell'amministrazione.

⁸⁷ Secondo P. CANAPARO, cit., p. 41 l'intelleggibilità dell'operato dei pubblici poteri è un obiettivo situato ancora al di là della pubblicità e dell'accessibilità degli atti, divenuto regola generale ai sensi del d.lgs. n. 33/2013.

⁸⁸ Sul punto, si veda, ad es., Rapporto sulla legislazione regionale anni 2009 e 2010, Consiglio Regionale della Campania, Settore Legislativo – Servizio Studi legislativi, 2010, p. 14.

5. Strettamente connessa al tema è, poi, la questione della cd. amministrazione digitale, così come disciplinata oggi dal d.lgs. n. 235/2010 (nuovo Codice dell'amministrazione digitale).

Il decreto citato innova il precedente d.lgs. n. 82/2005 per evidenti esigenze di aggiornamento legislativo, attesa anche la particolare mutevolezza della materia, strettamente collegata all'evoluzione tecnologica.

I criteri ai quali sono stati ispirati gli interventi del 2005, prima, e del 2010 poi sono l'esattezza, la disponibilità, l'accessibilità, l'integrità e riservatezza dei dati; nonché l'accessibilità, l'elevata usabilità, l'interoperabilità, la completezza di informazioni, la chiarezza di linguaggio, la reperibilità, l'affidabilità, la semplicità di consultazione, la qualità e l'omogeneità in ordine all'informazione aggregata diffusa attraverso i siti delle amministrazioni pubbliche⁸⁹.

A queste caratteristiche, già il d.lgs. n. 82 affiancava la conformità ai documenti originali, che conferisce alle informazioni diffuse *on line* un grado di affidabilità privilegiato⁹⁰.

Sul punto, è opportuno richiamare la questione degli *open data*, intesi come dati accessibili a tutti, ossia leggibili e intellegibili da parte dei cittadini, in ossequio ad una nuova dimensione della trasparenza, la cd. "trasparenza elettronica"⁹¹.

In altri termini, non può dirsi conforme a tali parametri la pubblicazione della mera scansione di documenti cartacei sull'albo pretorio *on line* di un'amministrazione comunale, come sovente avviene⁹², poiché, in tal modo, non si rende possibile il reperimento di documenti attraverso la ricerca per ogni

⁸⁹ Per quanto attiene agli obblighi di pubblicazione *on line*, si vedano gli artt. 4, co. 1 d.lgs. n. 33/2013 che prescrive «la pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni», sui quali le informazioni devono essere trattate «secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web» e 9, co. 1, ai sensi del quale «le amministrazioni non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione».

⁹⁰ E. CARLONI, cit., p. 381.

⁹¹ Cfr. P. TANDA, cit., p. 177.

⁹² Si veda, ad es., l'albo pretorio del Comune di Napoli disponibile al seguente indirizzo: <http://www.comune.napoli.it/flex/FixedPages/IT/ConsultazioneAtti.php/L/IT>

singola parola in essi contenuta, con un evidente deficit di trasparenza, quanto meno con riferimento al dato della fruibilità.

In assenza della possibilità di effettuare ricerche sui contenuti dei documenti amministrativi, il dato della pubblicazione *on line* dell'albo pretorio perde quasi d'importanza, vista la grande mole di informazioni quotidianamente caricate e la loro pressoché totale illeggibilità a queste condizioni.

Un'eccessiva mole di informazioni pubblicate rischia, anzi, di determinare opacità per confusione: tale problema si collega al tema della cd. qualità dei dati⁹³ (nelle declinazioni della certezza della fonte, dell'attendibilità del contenuto, dell'intelligibilità della forma e dell'utilità della finalità⁹⁴), che debbono poter essere funzionali alla fruizione di diritti di partecipazione (propositiva, consultiva, organica⁹⁵, popolare⁹⁶, ecc.) e controllo in capo alla collettività.

In tal modo, possono sfuggire ai cittadini informazioni estremamente rilevanti sia in quanto singoli, sia per esercitare i propri diritti di cittadinanza

⁹³ In termini, ad esempio, di integrità e conformità, vale a dire che tutti i dati formati o comunque trattati da una pubblica amministrazione debbano essere diffusi integri, cioè con modalità tali da assicurare che il documento venga conservato senza manipolazioni o contraffazioni e con l'indicazione della loro provenienza. Le pubbliche amministrazioni devono altresì garantire che le informazioni disponibili sui siti siano conformi e corrispondenti a quelle contenute negli atti e nei provvedimenti amministrativi originali, complete, comprensibili ed omogenee. La pubblicazione deve comunque avvenire nel rispetto di criteri di semplicità di consultazione e con tempestività, assicurandone il suo costante aggiornamento (cfr. artt. 6 ss. d.lgs. n. 33/2013).

⁹⁴ Cfr. P. MARSOCCHI, cit., 715.

⁹⁵ Si tratta di ipotesi nelle quali si prevede una rappresentanza degli interessi privati in seno all'amministrazione. È il caso, ad es., del d.P.R. n. 416/1974, che prevede, all'interno delle istituzioni scolastiche, oltre alla presenza dei docenti, anche quella degli studenti e dei genitori nelle scuole medie e superiori, in tema di collaborazione e di controllo dell'attività didattica ed educativa e di gestione degli istituti; oppure della l. n. 281/1998, che istituisce il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti presso il Ministero dell'industria; oppure ancora della l. n. 249/1997, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il cui art. 1, co. 28 stabilisce che presso tale Autorità sia costituito un Consiglio nazionale degli utenti, composto da membri designati dalle associazioni rappresentative degli utenti dei servizi di telecomunicazione e radiotelevisivi, con compiti prevalentemente propositivi e consultivi. Sul punto si veda F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., pp. 952 ss. Con efficacissima espressione si è detto che in questi casi «l'amministrazione si fa società» e «la società si fa Stato» (M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 3165 ss.).

⁹⁶ Si tratta di istituti con i quali i cittadini intervengono nei processi decisionali della pubblica amministrazione non tanto al fine di tutelare interessi collettivi e di categoria, ma piuttosto per esercitare e completare i diritti politici, intesi come espressione piena della cittadinanza comune (cfr. istituti di promozione dell'attività degli enti pubblici, tra i quali istanze e le petizioni e i referendum). F. GIGLIONI, S. LARICCIA, cit., p. 954.

(come si vedrà *infra* in tema di bandi di gara), ivi compresi i diritti di partecipazione e controllo dell'operato degli amministratori.

Si è parlato, a tal proposito, dell'apprestamento di misure di trasparenza in termini di "utilità" dei dati e delle informazioni offerte e, quindi, di soddisfazione del bisogno di trasparenza dei cittadini e delle imprese, al fine di evitare una deriva burocratica degli obblighi di trasparenza⁹⁷.

Altra possibile criticità evidenziata è quella relativa al cd. voyeurismo amministrativo da parte di chiunque abbia accesso al web a discapito della realizzazione della trasparenza dell'amministrazione e di un vero diritto all'informazione⁹⁸.

Collegato al tema degli *open data*, vi è poi il tema del cd. *open data government*, ossia dello sfruttamento dei vantaggi che l'innovazione tecnologica offre e che permette la nascita e lo sviluppo di attività e servizi innovativi in quanto le aziende e i privati possono utilizzare i dati pubblici per realizzare servizi a valore aggiunto e per migliorare la qualità della vita dei cittadini⁹⁹, in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale, con ricadute, evidentemente, benefiche anche in termini di incentivo al mercato del lavoro.

6. Presupposto indefettibile della trasparenza è il cd. principio di documentalità, in base al quale l'attività amministrativa riceve rilevanza giuridica grazie alla produzione di documenti, assumendo così il livello di esternazione che le è necessario per poter avere un effetto pratico nei rapporti tra i soggetti dell'ordinamento e, in particolare, tra cittadini e amministrazione¹⁰⁰.

Di conseguenza, qualsiasi atto o fatto può assumere rilievo giuridico nello svolgimento dell'attività amministrativa soltanto attraverso la sua previa esternazione in un documento amministrativo, che dunque diventa fondamentale per qualsiasi tentativo di lettura e comprensione dell'attività

⁹⁷ P. CANAPARO, cit., p. 58.

⁹⁸ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 670.

⁹⁹ P. CANAPARO, cit.

¹⁰⁰ Sul punto cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, pp. 166 ss.

amministrativa, in relazione a tutte le fasi dell'attività, anche ai fini del sindacato giurisdizionale sull'attività stessa¹⁰¹.

Il principio di documentalità, tuttavia, non coincide certo con la dimensione cartacea del documento amministrativo, tanto più alla luce della nozione di documento informatico oramai accolta nel nostro ordinamento a partire dal d.lgs. n. 82/2005.

Anche nel caso dei documenti informatici, difatti, occorre il rispetto di particolari procedure e formalità, dal momento della loro creazione, a quello della circolazione e trasmissione, a quello dell'archiviazione¹⁰².

È evidente che i documenti informatici non possono sostituirsi del tutto ai documenti cartacei, anche tenuto conto del cd. *digital divide*¹⁰³ tuttora esistente tra le diverse generazioni; tuttavia, gli stessi possono rappresentare uno strumento in più per contribuire ad attuare pienamente i principi di cui all'art. 97 Cost.

Pertanto, nella prospettiva ideale di azzerare nei prossimi anni il divario esistente tra generazioni e classi sociali, l'attività amministrativa deve intendersi oggi su un doppio binario, quello tradizionale e quello informatico, oramai pienamente riconosciuto nel proprio valore giuridico.

7. Altro interessante profilo da analizzare ai fini della presente ricerca è certamente il rapporto tra trasparenza e semplificazione, esigenza particolarmente avvertita dalla pubblica amministrazione negli ultimi tempi, al punto da istituire un Ministero *ad hoc*¹⁰⁴.

¹⁰¹ M. BOMBARDELLI, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), cit., p. 388.

¹⁰² Ivi, p. 389.

¹⁰³ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 672 evidenzia l'alto livello del *digital divide* che ancora caratterizza la società italiana quale possibile fattore di disuguaglianza nella realizzazione della trasparenza e degli importanti diritti che questa è preordinata a realizzare ai sensi del d.lgs. n. 33/2013. Questo rende particolarmente importante, per l'effettività della realizzazione del principio di trasparenza, la piena applicazione dell'art. 53 d.lgs. n. 82/2005, che definisce le caratteristiche dei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, prevedendo che gli stessi vengano predisposti «su reti telematiche che rispettano i principi di accessibilità, nonché di elevata usabilità e reperibilità, anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, semplicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità».

¹⁰⁴ Attualmente denominato Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione (sito web: <http://www.funzionepubblica.gov.it/>).

In una prospettiva astratta, gli obiettivi della trasparenza e della semplificazione potrebbero anche porsi in contrasto tra loro, posto che un'eccessiva semplificazione dei documenti e delle procedure potrebbe comportare il sacrificio di talune informazioni in danno della collettività.

Viceversa, l'ipertrofica stratificazione degli obblighi di pubblicità e la loro dispersione in un gran numero di atti normativi possono costituire un evidente ostacolo rispetto alla stessa finalità perseguita: sia sul fronte degli utenti, dal momento che i cittadini non sono stati posti in grado di conoscere con precisione quante e quali informazioni fosse loro diritto conoscere mediante i siti delle amministrazioni (nell'apposita sezione "amministrazione trasparente"); sia sul fronte delle stesse pubbliche amministrazioni, costrette ad inseguire le sempre nuove ipotesi di pubblicità obbligatoria, nell'assenza di un quadro di riferimento ordinato e consolidato, con costi e difficoltà organizzative che hanno inciso negativamente sul relativo adempimento da parte delle amministrazioni stesse¹⁰⁵.

Tuttavia, per semplificazione bisogna intendere non già una banalizzazione dell'attività amministrativa con conseguente *vulnus* alle garanzie del cittadino, bensì, ad esempio, l'eliminazione dei vocaboli arcaici, delle espressioni obsolete che spesso contraddistinguono il linguaggio dell'amministrazione¹⁰⁶.

Si tratta, pertanto, *in primis* di semplificazione documentale, sul piano dei contenuti amministrativi e della gestione e rintracciabilità degli stessi.

¹⁰⁵ Cfr. documento CIVIT "Per una semplificazione della trasparenza: esiti della consultazione sugli obblighi di pubblicazione previsti in materia di trasparenza e integrità" (anno 2012), disponibile sul sito www.civit.it (oggi www.anticorruzione.it). Nel Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012 pubblicato dall'ANAC sul sito istituzionale nel dicembre 2013 si parla di «abnorme estensione del numero degli obblighi di pubblicazione (complessivamente circa 270)». Nel medesimo Rapporto si evidenzia come dall'insieme delle richieste di chiarimenti pervenute in sede di applicazione della l. n. 190/2012 emerga «un'immagine delle amministrazioni prevalentemente preoccupate per le innovazioni introdotte e restie all'assunzione delle relative responsabilità. Questo atteggiamento, endemico nel modo di essere della pubblica amministrazione italiana, rischia di essere accentuato dall'accresciuta gamma di responsabilità dirigenziali previste dalla legge e dai decreti legislativi, con la possibile, quanto pericolosa, conseguenza che i dirigenti reagiscano adottando un approccio meramente formale e che i procedimenti amministrativi diventino ancora più lenti e farraginosi».

¹⁰⁶ M. BOMBARDELLI, cit., p. 391.

È evidente che tali processi di semplificazione, per risultare effettivi, non possono prescindere dagli strumenti informatici (tra i quali, la firma elettronica e digitale o la posta elettronica certificata di cui al d.P.R. n. 68/2005), dei quali l'amministrazione pubblica deve avvalersi sempre più.

Solo mediante una compiuta opera di digitalizzazione, ad esempio, può conseguirsi l'obiettivo della connessione reciproca tra i documenti, presupposto necessario per la loro rintracciabilità e, più in generale, per la semplificazione dei processi amministrativi.

La connessione reciproca tra i documenti e tra le singole amministrazioni comporta, peraltro, il superamento di una concezione "proprietaria" dei dati da parte delle amministrazioni che li detengono e una facilitazione dei flussi di informazioni e di un'arcaica visione dell'amministrazione a compartimenti stagni¹⁰⁷.

Semplificazione è da intendersi, inoltre, quale snellimento delle procedure e degli adempimenti necessari per la presentazione di certificati e documenti da parte del cittadino nei confronti dell'amministrazione (ad esempio, attraverso l'introduzione dell'istituto della dichiarazione sostitutiva o autocertificazione).

Non deve ricadere sull'utente il peso della burocrazia, ma deve evolversi il rapporto tra cittadino e amministrazione, enfatizzando il valore della missione (*munus*) che la seconda è chiamata ad adempiere nei confronti del primo.

Ulteriore istituto che concorre al raggiungimento dell'obiettivo della semplificazione sono gli Uffici per le relazioni con il pubblico, istituiti con l'art. 12 d.lgs. n. 29/1993 (ora abrogato e sostituito dall'art. 11 d.lgs. n. 165/2001) e ora disciplinati anche dall'art. 8 l. n. 150/2000 o lo Sportello unico per le attività produttive disciplinato dall'art. 24 d.lgs. n. 112/1998 e dall'art. 10 d.lgs. n. 82/2005.

Quel che più conta ai fini del perseguimento e della realizzazione degli obiettivi di trasparenza è che gli stessi non siano il frutto del mero

¹⁰⁷ Ivi, p. 394. Sull'integrazione tra le banche dati finalizzata allo scambio di dati tra amministrazioni nell'ambito dell'accertamento d'ufficio e sui controlli sull'autocertificazione, si rinvia agli artt. 43, 71 e 72 d.P.R. n. 445/2000.

adempimento di obblighi formali da parte delle amministrazioni di riferimento o di iniziative estemporanee, bensì di una programmazione di lungo periodo.

Lo strumento più idoneo per attuare tale azione è il cd. Programma triennale per la trasparenza e l'integrità con cui l'organo di indirizzo politico-amministrativo è chiamato a definire, nel medio periodo (triennale, con aggiornamenti annuali) le modalità applicative del quadro dispositivo generale e gli interventi per la sua implementazione, tenendo conto della propria realtà amministrativa e della cittadinanza-utenza di riferimento (cfr. art. 15, d.lgs. n. 150/2009)¹⁰⁸.

8. Con il recente d.lgs. n. 33/2013, recante “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso civico.

Si tratta di un'innovazione certamente incoraggiata dalle esperienze giuridiche degli altri Paesi europei, che si erano dotati già da tempo di una disciplina in materia, sul modello del *Freedom of information act* statunitense.

È il caso, ad esempio, dell'affermazione della *liberté d'accès aux documents administratifs* come «*droit de toute personne à l'information*» in Francia (1978), delle leggi sviluppate sul modello americano adottate in Olanda (1980, 2005), Portogallo (1193), Irlanda (1997), Regno Unito (2000), Svizzera (2004), Germania (2005)¹⁰⁹.

Si tratta di uno strumento giuridico che amplia lo spettro delle possibilità riconosciute al cittadino in tema di accesso ai documenti amministrativi, come

¹⁰⁸ Cfr. P. CANAPARO, cit., p. 57. Il citato Rapporto sul primo anno di attuazione della l. n. 190/2012 richiama espressamente l'esigenza di «valorizzare la funzione dei Programmi triennali per la trasparenza come risposta mirata agli specifici bisogni informativi connessi alle funzioni di ciascuna amministrazione piuttosto che, come spesso accade, come meri riepiloghi degli obblighi informativi previsti per legge».

¹⁰⁹ Cfr. M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9/2013, p. 796.

disciplinato dalla l. n. 241/1990 e dalle successive modificazioni, verso la definizione di un accesso che sia senza mediazioni e “*open to all*”¹¹⁰.

Mentre l’accesso formale (*erga partes*¹¹¹) ai sensi della l. n. 241/1990 è per definizione incerto (in quanto sottoposto alla necessaria verifica dei presupposti legittimanti da parte dell’amministrazione ricevente), occasionale (in quanto dipeso dalla richiesta del cittadino interessato) ed a favore di soggetti ben determinati¹¹², il regime di accessibilità totale (*total disclosure, duty to disclosure*) è «idoneo a radicare, se non sempre un diritto in senso tecnico, una posizione qualificata e diffusa in capo a ciascun cittadino, rispetto all’azione delle pubbliche amministrazioni¹¹³» (*erga omnes*).

In questo caso, ciò che rileva è la circostanza che il diritto di conoscenza sia riconosciuto in via generale, a prescindere da una verifica puntuale della legittimazione del richiedente e senza che questa possa essere intaccata dall’esistenza di interessi di forza eguale e contraria a quello di informazione¹¹⁴.

Con il passaggio dall’accesso formale all’accesso diffuso si realizza un radicale mutamento del relativo parametro di riferimento: con il d.lgs. n. 33/2013 non è più rilevante la legittimazione soggettiva come nel regime

¹¹⁰ Vi è, tuttavia, da rilevare che nel nostro sistema erano da tempo presenti ipotesi di accesso generalizzato (*uti cives*), ma solo per le informazioni relative ad alcuni settori determinati stabiliti dalla legge in ragione della materia (ambiente), dell’ambito territoriale di incidenza (enti locali), o in ragione del particolare *status* giuridico del titolare (consiglieri comunali e provinciali, soggetti disabili) che l’ordinamento ha riconosciuto meritevoli di maggior *favor*. Sul punto, cfr. A. BONOMO, cit., p. 738.

¹¹¹ A. BONOMO, cit., p. 728 parla di regime della “disponibilità” in relazione alle ipotesi in cui il trasferimento dei dati avviene d’ufficio da parte dell’amministrazione e regime dell’“accessibilità” in relazione alle ipotesi in cui l’acquisizione delle informazioni è subordinata all’istanza motivata del privato legittimato (accesso a titolarità ristretta) ovvero alla richiesta di un qualsiasi soggetto dell’ordinamento (accesso diffuso).

Il cd. accesso a titolarità ristretta di cui alla l. n. 241/1990 fissava dei limiti ancora più restrittivi rispetto alle precedenti legislazioni di settore, sopra richiamate, quali, ad. es., la l. n. 142/1990, nonché rispetto alla citata raccomandazione n. 81-89 del 1981 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, che esplicitamente invita a non rifiutare l’accesso all’informazione in relazione al fatto che il richiedente non abbia particolari interessi in materia. Sul punto cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 8.

¹¹² Cfr. P. CANAPARO, cit.

¹¹³ Delibera CIVIT n. 105/2010 .

¹¹⁴ C. CUDIA, cit., p. 133.

precedente, mentre diventa determinante il profilo oggettivo, cioè che l'informazione richiesta rientri nell'elenco di quelle che la legge stabilisce siano pubbliche¹¹⁵.

È opportuno sottolineare il contenuto dell'art. 1 d.lgs. n. 33/2013, nella parte in cui si evidenzia il collegamento tra il «principio generale di trasparenza» e il «controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche», nonché «il diritto ad una buona amministrazione» in capo al cittadino.

In particolare, l'art. 5 d.lgs. n. 33/2013 prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere noti i documenti, le informazioni o i dati¹¹⁶, attribuendo allo stesso tempo il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.

È evidente, sul punto, il salto di qualità di tale disposizione rispetto all'art. 24, co. 3 l. n. 241/1990, il quale proibisce l'ammissibilità delle «istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni»: si tratta di un salto di qualità in termini di partecipazione democratica all'attività amministrativa, operazione dapprima geneticamente preclusa nella concezione di pubblica amministrazione invalsa nella nostra tradizione giuridica.

La richiesta di accesso civico, da presentare al Responsabile per la trasparenza dell'amministrazione, non necessita di alcuna limitazione e non deve essere motivata la legittimazione soggettiva del richiedente¹¹⁷; il che, evidentemente, allarga l'ambito dei doveri dell'amministrazione e i contestuali

¹¹⁵ A. BONOMO, cit., p. 736, secondo cui, tuttavia, «osservando l'ambito oggettivo di operatività di questo diritto, e cioè la quantità di informazioni che devono ritenersi pubbliche e quindi oggetto della pretesa conoscitiva generalizzata, è evidente che esso risulti ancora "ristretto"».

¹¹⁶ Le informazioni e i dati cui fa riferimento nel d.lgs. n. 33/2013 costituiscono entità distinte rispetto ai documenti di cui alla l. n. 241/1990, rappresentando un allargamento degli spazi di conoscibilità dell'azione amministrativa: qualora tali informazioni o dati non siano stati ancora trasfusi in un documento, l'amministrazione avrà un obbligo di *facere*, ovvero sarà tenuta ad attivarsi, sempre che per essi sia previsto dalla legge un obbligo di pubblicazione. Sul punto, cfr. P. CANAPARO, cit., p. 47.

¹¹⁷ Cfr. L. PIAZZA, *L'accesso civico nuova trasparenza per la pubblica amministrazione*, in *diritto.it*, 2013.

diritti del cittadino¹¹⁸ (cd. diritto alla conoscibilità, *right to know*¹¹⁹, assimilabile ad un diritto soggettivo a tutti gli effetti¹²⁰).

Si tratta di un procedimento amministrativo vero e proprio che si conclude con un provvedimento di accoglimento o di diniego, alla stregua di quello *ex art. 22 l. n. 241/1990*.

Nei casi di accesso civico, l'amministrazione deve provvedere nel termine legale di trenta giorni, attraverso la pubblicazione nel sito¹²¹ del dato richiesto e contestuale comunicazione al richiedente.

¹¹⁸ Si è parlato, sul punto, del riconoscimento di un diritto soggettivo alla conoscibilità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, indipendente dalla situazione sostanziale di diritto soggettivo o interesse legittimo riferita ai beni coinvolti dall'attività amministrativa alla quale si riferisce l'informazione, a differenza dei diritti di informazione a titolarità ristretta (come il diritto di accesso ordinario). Cfr. P. CANAPARO, cit., p. 42. Ne scaturisce, pertanto, una visione in virtù della quale la trasparenza non è più un obiettivo astratto cui tende l'azione amministrativa, bensì l'oggetto di una precisa pretesa in capo ai cittadini.

¹¹⁹ Sul punto M. SAVINO, cit., p. 805 lamenta l'assenza nel nostro ordinamento di una vera e propria posizione giuridica del privato, ossia di un diritto del singolo a conoscere tutte le informazioni in possesso delle autorità pubbliche, indipendente dalla regola di stretto diritto positivo così come introdotta dal d.lgs. n. 33/2013 e, in quanto tale, ben suscettibile di modifiche da parte del legislatore. P. CANAPARO, cit., p. 45 evidenzia la strumentalità della pretesa di pubblicazione azionata dal singolo in ossequio all'accesso civico alla soddisfazione dell'interesse generale della collettività alla diffusione del patrimonio informativo pubblico, a differenza dell'accesso documentale di cui alla l. n. 241/1990 (cd. accesso formale), strettamente correlato ad un interesse differenziato.

¹²⁰ Difatti, come giustamente osservato da A. BONOMO, cit., p. 743, «se si assume che l'obbligo di diffusione imposto dalla legge alle amministrazioni descriva un'attività vincolata, poiché il risultato è già definito dalla norma nell'*an* e nel *quantum*, la posizione ad essa contrapposta sarà di diritto soggettivo e non di interesse legittimo». Secondo C. CUDIA, cit., p. 126, «se, infatti, si tratta di una situazione soggettiva completa ed autonoma che appartiene al cittadino qualunque, ne consegue che tale diritto non solo non presuppone la titolarità di una posizione soggettiva differenziata e qualificata, ma anche che esso è fine soltanto a se stesso ed è quindi privo di qualsiasi funzionalizzazione ad interessi ulteriori e diversi» (cd. conoscibilità *per* la conoscibilità). Che l'accesso integri un diritto soggettivo (piuttosto che un interesse legittimo) fin dalla l. n. 241/1990 è confermato dal dato normativo («*diritto* di accesso»), nonché dal già richiamato collegamento con l'art. 117, co. 2, lett. m) Cost. in tema di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i *diritti* civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Sul punto, cfr. ancora C. CUDIA, cit., p. 147.

¹²¹ Il dato della pubblicazione sul sito web istituzionale anche di dati ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati e richiesti dalle specifiche norme di legge segna, secondo P. CANAPARO, cit., p. 51, il definitivo passaggio «da una amministrazione-passiva, che subisce la richiesta di trasparenza con la presentazione della pretesa individuale di accesso documentale, ad una amministrazione-attiva, chiamata, invece, ad assicurare un esercizio delle competenze pubbliche trasparente e quindi aperto allo scrutinio pubblico». La pubblicazione dei cd. «dati ulteriori» è espressamente prevista sia dall'art. 1, co. 9, lett. f) l. n. 190/2012 in tema di Piani triennali di prevenzione della corruzione, nonché dall'art. 4, co. 3 d.lgs. n. 33/2013, a testimonianza del fatto che non si tratta di un elemento di straordinarietà, bensì dell'applicazione di precise previsioni di legge finalizzate a favorire la massima disponibilità del patrimonio informativo.

Nell'ipotesi di ritardo o mancata risposta, l'istante può rivolgersi al titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, co. 9-bis l. n. 241/1990 e successive modifiche¹²², che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, provvede nei termini di cui al co. 9-ter., ossia nel termine pari alla metà di quello originariamente previsto per l'adempimento per cui si agisce in sostituzione (nel caso in esame, quindici giorni, rispetto ai trenta riconosciuti per la soddisfazione dell'accesso civico).

In alternativa, si può perseguire la via giurisdizionale, con il medesimo rito speciale previsto per l'accesso della l. n. 241/1990 (cfr. art. 52 d.lgs. n. 33/2013).

Tuttavia, si è evidenziato che l'oggetto di tale accesso non risiede genericamente in *qualsiasi* informazione in possesso delle autorità pubblica, alla stregua dei modelli stranieri di *Freedom of information acts*: ed invero, l'oggetto del diritto a conoscere è circoscritto, ai sensi dell'art. 7 d.lgs. n. 33/2013, a «i documenti, le informazioni e i dati *oggetto di pubblicazione obbligatoria* ai sensi della normativa vigente». Sul punto, il d.lgs. cit. si limita a precisare che «le pubbliche amministrazioni *possono* dispor[ne] la pubblicazione» (art. 4, co. 3)¹²³.

¹²² Ai sensi del co. 9-bis, L'organo di governo individua, nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione, il soggetto cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-ter. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria.

¹²³ Cfr. M. SAVINO, cit., p. 802. Proprio la disposizione di cui all'art. 4 d.lgs. n. 33 riconosce alle pubbliche amministrazioni una certa discrezionalità in ordine alla decisione di pubblicare nel proprio sito istituzionale dati, informazioni e documenti, il che sembra limitare la latitudine della conoscibilità dell'azione amministrativa e dilatare, in tal modo, le asimmetrie informative tra governanti e governati. Per effetto dell'art. 4 cit., in assenza di una "scelta" di pubblicazione da parte dell'amministrazione, la conoscibilità dell'informazione rimane circoscritta nei limiti dell'azionabilità del diritto di accesso di cui alla l. n. 241/1990. Sul punto, si veda P. CANAPARO, cit., p. 44. Relativamente a tale discrezionalità, A. BONOMO, cit., p. 728 rileva che in «linea di massima, all'ampliamento della titolarità soggettiva corrisponde un ampliamento delle eccezioni al regime di accesso o di pubblicità e una maggiore discrezionalità delle amministrazioni nel decidere l'esclusione, quasi che l'ordinamento reagisca alla maggiore intensità del principio di trasparenza limitandone l'ambito di applicazione». Ivi, p. 741 si aggiunge che «in questa prospettiva, si indebolisce la configurazione dell'accesso civico come strumento di controllo democratico sull'esercizio del potere amministrativo, che come precisato dallo stesso legislatore [art. 11, co. 1 d.lgs. n. 150/2009; art. 1, co. 1-2 d.lgs. n. 33/2013], dovrebbe rappresentare l'obiettivo naturale della messa a disposizione delle informazioni».

Sembrerebbe, pertanto, insinuarsi una limitazione dell'area della pubblicità obbligatoria rispetto ai modelli stranieri, rimandando ad altra sede la compiuta definizione dei documenti effettivamente assoggettati agli obblighi di pubblicazione.

A contrario, si può affermare che le esenzioni agli obblighi siano, almeno astrattamente, più ampie che negli altri sistemi giuridici.

Alla luce dell'introduzione di tale istituto e in attesa di poter stilare un primo bilancio in un orizzonte temporale sufficientemente ampio, si può affermare che il ruolo dell'amministrazione va mutando sempre più nel senso di conferire alla trasparenza spessore di principio assoluto, a beneficio del cittadino.

9. Il principio di trasparenza è stato da ultimo disciplinato nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 33/2013, avente ad oggetto il “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

Come si può intuire sin dalla rubrica, è sempre più chiara l'intenzione del legislatore nazionale di conferire centralità alla trasparenza e di porla in relazione con altri principi e valori, unitamente ad una meritoria opera di riordino delle disposizioni in materia, alla luce dei frammentari interventi normativi succedutisi negli ultimi anni¹²⁴.

In particolare, spicca in questa sede il collegamento con la lotta alla corruzione e ai fenomeni di *maladministration*¹²⁵, che mette in rilievo una

¹²⁴ Secondo P. CANAPARO, cit., proprio la vasta proliferazione normativa in materia degli ultimi anni aveva determinato un continuo e disordinato ampliamento dei vincoli di pubblicità, alimentando difficoltà attuative ed incertezze interpretative e sovrapposizioni e duplicazioni di vincoli e responsabilità ed aveva inciso, in maniera pervasiva, sull'organizzazione e sul funzionamento delle amministrazioni, imponendo a queste un processo di continuo gravoso adattamento, senza peraltro realizzare un effettivo miglioramento della conoscibilità dell'azione amministrativa.

¹²⁵ Si parla, sul punto, di un'accezione “amministrativistica” di corruzione, che non fa più principalmente affidamento sul piano repressivo, in contrapposizione con la tradizionale nozione penalistica, bensì tende al contrasto di tutti quegli episodi di strumentalizzazione delle potestà pubblicistiche al conseguimento di un fine diverso, o estraneo, rispetto a quello previsto da norme giuridiche, che si risolvono comunque in un risvolto negativo dell'integrità pubblica. Cfr. P. CANAPARO, cit.

nuova dimensione della trasparenza, ben oltre il solco tracciato a suo tempo dal legislatore del 1990.

La lotta alla corruzione diviene una declinazione della legalità dell'azione amministrativa, da intendersi nell'accezione letterale di rispetto delle norme, al riparo dalle opacità funzionali solo al perseguimento di interessi personali e di gruppo.

In altri termini, a seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 33/2013, si ribalta il rapporto tra regola ed eccezione in ordine a quanto del patrimonio¹²⁶ informativo e documentale della pubblica amministrazione deve essere conosciuto dai cittadini, mutando, di conseguenza, lo stesso rapporto tra cittadini e amministrazione.

I soli limiti all'esercizio dei diritti scaturenti dall'affermazione dei principi di trasparenza risiedono oramai nella tutela della *privacy* e nella sicurezza nazionale ed è facile comprendere che si tratta di ipotesi residuali rispetto agli obblighi di segretezza dell'amministrazione del secolo scorso (cd. segreti amministrativi d'ufficio) accennati nei paragrafi precedenti¹²⁷.

Si è scritto, a questo proposito, che le nuove relazioni tra cittadini e amministrazione avvengono su un piano di parità e che, alla luce delle recenti riforme, può parlarsi di un vero e proprio diritto di trasparenza, alla stregua di una situazione giuridica soggettiva attiva che riceve tutela giurisdizionale diretta dinanzi all'autorità giudiziaria¹²⁸.

In seguito all'introduzione delle modifiche descritte, a venire in rilievo non è più solo l'istituto dell'accesso (nelle nuove forme dell'accesso civico, sul

¹²⁶ In relazione a tale patrimonio, P. MARSOCCI, cit., p. 714 parla di conoscenze che rientrano nei fini istituzionali dell'amministrazione (informazioni essenziali) e conoscenze che attengono a scopi diversi e ulteriori (informazioni non essenziali): le prime andrebbero considerate quali beni pubblici rientranti nel patrimonio indisponibile, in quanto destinati ad un pubblico servizio, e le seconde quali beni immateriali pubblici rientranti nel patrimonio disponibile e liberamente trasferibili a privati, in base alle regole di mercato.

¹²⁷ Vi è da aggiungere che ulteriori limiti scaturiscono dal dato temporale, in ragione della durata dell'obbligo di detenzione dei documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere, integrando quasi una sorta di decadenza (generalmente, di cinque anni). Cfr. P. CANAPARO, cit.

¹²⁸ D. DAVID, *Il d.lgs. 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione di nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, in *diritto.it*, 2013.

quale vedi paragrafo precedente), bensì gli obblighi di pubblicità *tout court* in capo all'amministrazione, da intendersi quale apprestamento di particolari misure a beneficio dei cittadini in un momento anticipato rispetto all'esercizio del diritto di accesso.

Gli obblighi di pubblicità si avvalgono, evidentemente, delle nuove tecnologie ed, in particolare, della rete internet, che diviene lo strumento mediante il quale le amministrazioni rendono universalmente conoscibili larga parte delle proprie attività.

L'amministrazione non può sottrarsi alle proprie responsabilità (*accountability*) in tale ambito, in una prospettiva di "accessibilità totale"¹²⁹ dei dati da parte dei cittadini.

Basti pensare, sul punto, agli obblighi di pubblicità in tema di informazioni relative ai dirigenti (situazioni patrimoniali, *curriculum vitae*), i tassi di assenza e presenza del personale, nonché le informazioni legate alle *performance* della pubblica amministrazione; all'istituzione di un responsabile per la trasparenza¹³⁰ (art. 43 d.lgs. n. 33/2013)¹³¹.

Gli obblighi introdotti con il d.lgs. n. 33 sono immediatamente operativi (laddove in altri Paesi avevano richiesto dei tempi di attuazione in vista di una puntuale ed uniforme applicazione, è il caso del Regno Unito¹³²) e a costo zero per l'amministrazione, in forza della cd. clausola di invarianza finanziaria (art. 51), ai sensi della quale «le amministrazioni interessate provvedono agli

¹²⁹ In tema di accesso, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che questo è sorretto oltre che da una finalità di tutela anticipata individuale (in caso di legittimazione ad impugnare il provvedimento finale) anche da una funzione partecipativa e di controllo sulla trasparenza e sull'imparzialità dell'azione amministrativa seppure l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi debba assurgere a bene della vita autonomo, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnazione (TAR Campania, Salerno, I, 3 maggio 2004, n. 329 cit. in M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 93).

¹³⁰ Il responsabile per la trasparenza costituisce il destinatario della domanda di accesso civico, a differenza dell'Ufficio Relazioni con il pubblico, competente per l'accesso ordinario. Ai sensi dell'art. 43, co. 5 d.lgs. n. 33/2013, il responsabile per la trasparenza deve pronunciarsi sulla richiesta entro 30 giorni e segnalare la stessa all'Ufficio disciplina, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento disciplinare, e al vertice politico dell'amministrazione e all'Organismo indipendente di valutazione, ai fini dell'attivazione delle altre forme di responsabilità.

¹³¹ M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 93.

¹³² Cfr. M. SAVINO, cit., p. 799.

adempimenti previsti con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente»¹³³.

Per quanto attiene, infine, all'ambito soggettivo di applicazione del d.lgs. n. 33 e, segnatamente, a quale sia la nozione di pubblica amministrazione da ritenersi valida ai fini degli obblighi di pubblicità, l'art. 11, co. 1 fa espresso rinvio all'art. 1, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, cd. testo unico del pubblico impiego.

Pertanto, destinatarie degli obblighi di pubblicità debbono intendersi le seguenti amministrazioni: tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300¹³⁴ (in altri termini, i centri di imputazione giuridica di diritto

¹³³ Tale impostazione, fondata sull'ardita premessa dell'accessibilità totale a costo zero, ha ricevuto critiche in relazione all'efficacia, specie in comparazione con i *Freedom of information acts* stranieri, accompagnati dall'attribuzione di nuove risorse finanziarie. Si veda sul punto M. SAVINO, cit., p. 804. Sulla medesima questione, A. BONOMO, cit., p. 726, secondo cui risulta ancora improprio il paragone tra il d.lgs. n. 33/2013 e il *Freedom of Information Act* statunitense.

¹³⁴ Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI. Le aziende speciali e le società *in house* sono state assoggettate agli obblighi di pubblicità ai sensi del d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012; i gestori dei servizi pubblici ai sensi del d.l. n. 179/2012; le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate ex art. 2359 c.c., limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 1, co. 34 l. n. 190/2012. Tale previsione risulta del tutto coerente con la giurisprudenza in tema di accesso, che aveva allargato l'ambito di applicazione dell'istituto sul versante della legittimazione passiva, dei soggetti nei confronti dei quali il diritto può essere esercitato (cfr. C. CUDIA, cit., p. 152). Si vedano, *ex multis*, Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 5; TAR Friuli Venezia Giulia – Trieste, sez. I, 16 dicembre 2005, n. 1007; TAR Marche, sez. I, 11 ottobre 2005, n. 977; TAR Lazio – Latina, sez. I, 3 ottobre 2005, n. 914; TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 18 settembre 2006, n. 984; TAR Campania, sez. V, 28 luglio 2006, n. 7229; Cons. St., sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959; TAR Lombardia – Brescia, 17 aprile 2005, n. 317; Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3417; TAR Emilia Romagna – Parma, 8 marzo 2006, n. 89; TAR Campania, sez. V, 28 aprile 2005, n. 5000.

pubblico¹³⁵).

A tale catalogo debbono aggiungersi le società partecipate dalle amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2 cit., in quanto esercenti funzioni pubbliche o, comunque, connesse a finalità di interesse generale¹³⁶.

Alla luce degli obblighi di trasparenza e pubblicità oggi previsti dal legislatore, si possono distinguere informazioni accessibili a fini di controllo, di valutazione del personale e di prevenzione della corruzione nell'amministrazione e, dall'altro, quelle accessibili per finalità di partecipazione e di semplificazioni, inquadrabili nella prospettiva del miglioramento del rapporto tra pubblica amministrazione e privati¹³⁷.

Tale distinzione è di grande importanza, dal momento che, considerando solo la prima categoria di informazioni, si rischierebbe di prendere a riferimento un'immagine negativa dell'amministrazione e ad assumere un atteggiamento ispirato al sospetto verso di essa e ad allargare quindi il senso di diffidenza e di distacco della collettività nei suoi confronti¹³⁸.

10. Come si avrà modo di dettagliare *infra*, il principio di trasparenza, benché non espressamente sancito dalla nostra Costituzione, è oramai divenuto uno dei parametri fondamentali di valutazione dell'agire amministrativo.

Si tratta, comunque, tutt'altro che di una vuota clausola normativa, assumendo lo stesso contorni ben precisi ed effettivi in relazione a particolari istituti del diritto amministrativo.

¹³⁵ A ben guardare, anche il riferimento a qualsiasi centro di imputazione giuridica di diritto pubblico potrebbe non rivelarsi criterio sufficiente, posto che lascia controversa la questione se sia possibile l'accesso degli atti di diritto privato eventualmente posti in essere da soggetti di diritto pubblico o da concessionari di servizi pubblici. La giurisprudenza ha, comunque, riconosciuto l'accessibilità a tutte le tipologie di attività delle pubbliche amministrazioni, ivi compresi gli atti disciplinati dal diritto privato (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4 e 5). Sul punto, cfr. M.A. SANDULLI, cit., p. 15.

¹³⁶ Sul punto, *id est* sulla cd. estensione quantitativa degli obblighi di trasparenza, cfr. anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato: in particolare, Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 5, che completa il percorso tracciato da Cons. St., Ad. Plen., 4 febbraio 1997, n. 5, secondo cui il diritto di accesso, tipico strumento della trasparenza, deve trovare attuazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione, ivi compresi gli atti disciplinati dal diritto privato, cit. in M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità*, cit., p. 91.

¹³⁷ M. BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione*, cit., p. 662.

¹³⁸ Ivi, p. 663.

Uno degli ambiti di applicazione del principio di trasparenza, apparentemente meno evidenti, ma non per questo meno rilevanti, è costituito dal regime dei bandi di gara.

Nei capitoli che seguono si avrà modo di evidenziare l'intima connessione esistente tra trasparenza e bandi di gara, nonché la circostanza per cui la prima deve costituire uno dei fondamentali metri di giudizio dei secondi, per vari ordini di motivi che saranno osservati.

Ed invero, i bandi di gara rappresentano oggi uno dei principali strumenti mediante i quali le amministrazioni dialogano con gli operatori economici e, in via mediata, con i cittadini stessi.

In altri termini, non si può oggi considerare soddisfacente un bando di gara che non consegua obiettivi di trasparenza, posto che questi ultimi, a loro volta, servono a realizzare i risultati di buona amministrazione e coesione sociale istituzionalmente perseguiti dalle stazioni appaltanti.

Nella trattazione che segue si rivelerà particolarmente preziosa l'analisi della giurisprudenza amministrativa, tenuto conto delle continue evoluzioni (e, talora, delle battute d'arresto, delle quali pure si darà conto) che conosce la materia.

Il tutto senza alcuna pretesa di esaustività, ma con l'ambizione di restituire una ricostruzione quanto più possibile fedele del vivace dibattito che anima la dottrina degli ultimi anni.

CAPITOLO SECONDO

I BANDI DI GARA: NATURA, PROFILI, APPLICAZIONE

Sommario: 1. Nozione. – 2. Natura giuridica. Tesi privatistica - 2.1. Il cd. patto di integrità. – 2.2. Tesi pubblicistica – 3. Le clausole di esclusione. – 4. Natura giuridica del bando. – 5. Eterointegrazione precettiva e disapplicazione del bando. – 6. Il cd. autolimita. – 7. Criteri di aggiudicazione. – 8. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. – 9. Requisiti di idoneità *ex art.* 41 c.c.p. – 10. L'interpretazione e l'applicazione del bando. – 11. L'esclusione dalla gara per violazione della *lex specialis*. -12. Conclusioni parziali.

1. Nel contratto di appalto pubblico, il bando di gara è lo strumento attraverso il quale si manifesta l'intenzione dell'amministrazione di invitare le ditte alla gara che precede la stipulazione di un contratto.

Attraverso il bando la stazione appaltante rende nota l'intenzione¹³⁹ di istituire un sistema dinamico di acquisizione ossia quella di aggiudicare un appalto pubblico basato su tale sistema¹⁴⁰.

Si è detto¹⁴¹ che il bando persegue una duplice finalità, posto che tale atto, per un verso, consente, agli operatori economici di venire a conoscenza della possibilità di partecipare ad una gara pubblica e, per un altro verso, detta le regole della gara.

Nello specifico, il bando di gara è uno degli atti che formano la procedura ad evidenza pubblica, che si compone della delibera a contrarre; del bando di

¹³⁹ L'elemento dell'intenzione di aggiudicare un appalto è, in realtà, contenuto già in altri atti precedenti al bando: la determina a contrarre (art. 11, co. 2 c.c.p.), che deve contenere gli elementi essenziali del contratto ed i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, nonché ai sensi dell'art. 55, co. 1 c.c.p., l'indicazione del tipo di procedura con cui si agguicherà l'appalto e l'avviso di preinformazione (art. 63 c.c.p.) che, sebbene non si configuri quale atto obbligatorio, svolge la funzione di rendere noto con anticipo l'importo complessivo delle forniture o dei servizi ovvero le caratteristiche essenziali dei lavori sopra soglia che l'amministrazione ha intenzione di appaltare per l'anno seguente. Sul punto, cfr. L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, p. 931.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ C. FRATICELLI, *Art. 64. Bando di gara*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2012, p. 519.

gara, appunto; della scelta del contraente; dell'aggiudicazione; della stipula del contratto; dell'approvazione nonché, ove previsti e necessari, degli eventuali controlli¹⁴².

Si tratta di un atto strumentale e preparatorio rispetto alla successiva aggiudicazione: tale rilievo, come si vedrà *infra*, non è privo di effetti in relazione al tema dell'impugnabilità del bando.

Esso contiene, in particolare: a) la precisazione dell'oggetto; b) la determinazione delle condizioni e, infine, c) l'indicazione delle modalità di partecipazione alla gara stessa¹⁴³.

Il bando di gara costituisce, altresì, il principale tra gli atti configuranti la cd. *lex specialis* di gara, secondo un'espressione invalsa nella dottrina e nella giurisprudenza.

Tale espressione sta ad indicare il fatto che il bando contiene le prescrizioni riguardanti tutti gli aspetti che la stazione appaltante ritiene utili al fine dello svolgimento della procedura di gara e della relativa aggiudicazione, comprese le indicazioni necessarie a fissare l'oggetto dell'appalto ovvero a consentire il suo corretto svolgimento¹⁴⁴.

Sulla questione si tornerà comunque in seguito, laddove sarà introdotto il tema della natura giuridica e dell'efficacia¹⁴⁵ del bando.

¹⁴² Per una ricostruzione sistematica delle procedure ad evidenza pubblica, si rinvia a R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Roma-Molfetta, 2010.

¹⁴³ La giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2000, n. 6875) ha fissato il principio secondo cui il bando o la lettera d'invito devono indicare il tipo di gara, il criterio di aggiudicazione e, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione degli elementi che compongono l'offerta secondo il loro grado di importanza. Su ciascuno di tali elementi, si tornerà *infra* nel presente capitolo.

¹⁴⁴ L.R. PERFETTI, cit., p. 931.

¹⁴⁵ Per efficacia può intendersi la capacità di ottenere migliori risultati in base agli obiettivi stabiliti; secondo tale visione, «è efficace la procedura di aggiudicazione ed il contratto che consentono il raggiungimento degli interessi pubblici sottostanti la decisione di ricorrere all'approvvigionamento, ove cioè gli obiettivi predeterminati dagli organi dell'ente abbiano un'alta probabilità di essere attuati dall'organizzazione, poiché i risultati hanno raggiunto o superato le previsioni, grazie ad una corretta valutazione delle possibilità d'impiego delle risorse, delle potenzialità dell'organizzazione di riferimento e così via» (L.R. PERFETTI, cit., p. 28). L'efficacia può però altresì intesa come «un'attività che riesce a modificare i bisogni sociali, cioè come cerca di misurare il grado di soddisfazione di una domanda, offrendo un criterio utili a rilevare l'effetto prodotto sui destinatari» (R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo* (voce), in *Dig. IV disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, p. 614).

Come si vedrà meglio *infra*, il bando possiede natura analoga a quella dell'offerta al pubblico *ex art.* 1336 c.c.

Difatti, anch'esso dà inizio ad un procedimento destinato a concludersi con l'aggiudicazione del contratto e la sua successiva stipulazione.

Il bando è sottoposto ad un particolare regime di pubblicità, in ossequio al principio di trasparenza sopra descritto¹⁴⁶.

La pubblicità da dare al bando è disciplinata nei dettagli di contenuto, luogo di pubblicazione, e durata della pubblicazione stessa, dagli artt. 35 ss. dir. 2004/18/CE, trasposti negli artt. 64 ss. c.c.p.

Prima ancora del bando di gara relativo ad uno specifico appalto, la disciplina europea e nazionale prevedono la pubblicazione di un bando di gara indicativo relativo ai contratti che ogni stazione appaltante intende aggiudicare nel corso dell'esercizio finanziario: la pre-informazione rafforza le possibilità di competizione, consentendo una pianificazione dell'attività da parte degli offerenti¹⁴⁷.

2. Tradizionalmente, da parte della dottrina sono state fornite interpretazioni della natura giuridica del bando di gara sostanzialmente riconducibili alle seguenti tesi: la tesi pubblicistica e la tesi privatistica.

Secondo la prima, il bando di gara avrebbe natura di provvedimento amministrativo, anche alla luce del carattere discrezionale dell'attività posta in essere dalla stazione appaltante.

¹⁴⁶ Ogni procedura per l'aggiudicazione di un contratto con la pubblica amministrazione è vincolata ai principi di pubblicità e trasparenza che si traducono praticamente in garanzie di correttezza formale e sostanziale di ogni procedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5454; Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2008, n. 5943). I principi di pubblicità e trasparenza (sulla cui distinzione si rinvia al capitolo I) trovano un contemperamento negli altri diritti coinvolti nella procedura; si pensi, ad es., alla riservatezza dei partecipanti alla gara, che impone la possibilità di condurre in seduta riservata l'analisi delle offerte tecniche ove siano svelati segreti industriali o commerciali, purché l'apertura delle buste ed il riscontro formale di regolarità avvengano in seduta pubblica, debitamente rendicontata (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13). Analogamente, il diritto di accesso è comprimibile a tutela di segreti industriali o commerciali contenuti nelle offerte tecniche (Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2010, n. 2814).

¹⁴⁷ A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, p. 1580.

Secondo l'altra tesi, invece, il bando avrebbe natura negoziale.

Si tratta di una tesi di certo suggestiva, all'elaborazione della quale hanno contribuito eminenti giuristi del secolo scorso¹⁴⁸, e che ha dato luogo a diverse ricostruzioni dell'istituto.

In particolare, in adesione a tale prospettiva, si è ricostruito il bando di gara come fase pre-negoziale, alternativamente come offerta al pubblico *ex art.* 1336 c.c.¹⁴⁹, promessa al pubblico *ex art.* 1889 c.c.¹⁵⁰ o invito ad offrire (*invitatio ad offerendum*)¹⁵¹.

Sono queste ultime figure affini, ma che presentano comunque elementi di differenziazione e, conseguentemente, discipline diverse.

L'offerta al pubblico è un particolare tipo di proposta consistente in un'offerta diretta al pubblico, cioè *in incertam personam*, e fatta col sistema dei pubblici proclami (ad es. mediante la pubblicità sui giornali, l'affissione di manifesti, ecc.) affinché sia eventualmente accettata da persona cui essa convenga.

La promessa al pubblico è un negozio giuridico unilaterale, fonte di un'obbligazione appena è resa pubblica, a destinatario indeterminato (*in incertam personam*), che ha per contenuto una prestazione da effettuarsi a favore di chi si trovi in una determinata situazione (ad es., riporti 30/30 all'esame di diritto privato) o compia una data azione (ad es., ritrovi un bassotto smarrito); non è necessaria l'accettazione, a differenza dell'offerta al pubblico¹⁵².

L'invito a offrire, infine, fa riferimento a quelle situazione nelle quali l'offerta al pubblico non contenga tutti gli estremi del contratto da concludere (ad es., prezzo) e si sostanzia in un invito ad iniziare delle trattative.

¹⁴⁸ Basti pensare, tra gli altri, a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pp. 384 ss.

¹⁴⁹ *Ibidem*. Secondo tale ricostruzione, il bando consta di un aspetto interno e di un aspetto esterno. Sotto il primo aspetto, il bando è atto riproduttivo e integrativo della deliberazione a contrarre. L'aspetto esterno, invece, consisterebbe nella offerta vera e propria.

¹⁵⁰ Si veda, tra gli altri, G. SANTORO PASSARELLI, *Impresa, contratto collettivo, concorsi privati*, in *Giur. it.*, 1981, IV, p. 208.

¹⁵¹ Cass., 10 luglio 1956, n. 2551.

¹⁵² Cfr. F. DEL GIUDICE (a cura di), *Nuovo dizionario giuridico*, Napoli, 1996.

La costruzione del bando di gara come invito a offrire o, comunque, le tesi che contemplano tale momento, presuppongono l'insorgenza di trattative tra le parti (stazione appaltante e concorrenti) e la conseguente eventuale responsabilità precontrattuale (*culpa in contraendo*) della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c.¹⁵³ (argomento sul quale si tornerà *infra*, cap. II, par. 2.2.).

Ciascuna delle ricostruzioni sopra riportate, ancorché raffinata per l'individuazione delle analogie con la disciplina civilistica, oblitera il carattere discrezionale ed autoritativo del bando, che resta, pertanto, un provvedimento amministrativo nella qualificazione che ne danno la giurisprudenza e la dottrina prevalenti¹⁵⁴.

In altri termini, aderendo alla tesi negoziale, si finirebbe con il dare troppa enfasi al momento della formazione del consenso tra le parti e trascurare che la posizione giuridica dei concorrenti è di interesse legittimo e non già di diritto soggettivo¹⁵⁵.

2.1. Parzialmente collegata alla natura privatistica del bando (o, perlomeno, di taluni aspetti di esso), è, poi, la questione del cd. patto di integrità, ossia di quel sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara a cui tali condizioni si riferiscono¹⁵⁶.

¹⁵³ Sul punto, si veda L.R. PERFETTI, cit., p. 29, che richiama anche l'interpretazione restrittiva, in ossequio alla quale si esclude in capo ai partecipanti alla gara pubblica la qualificazione di parti di una trattativa, riconoscendo loro solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione (cfr. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393).

¹⁵⁴ Cfr., *ex multis*, Cass., SS.UU., 29 dicembre 1990, n. 12221 con note di E. CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, p. 929 e di G. AZZARITI, *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti di società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 526; Cons. St., sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. it.*, 1992, III, p. 255, citate in F. GAMBARDELLA, *Contributo allo studio del regime giuridico del bando di gara*, Napoli, 2012, p. 18.

¹⁵⁵ Cfr. F. GAMBARDELLA, cit., p. 16.

¹⁵⁶ Cfr. L.R. PERFETTI, cit., p. 932.

Si tratta di uno strumento negoziale, ma che esprime comunque la disparità delle forze in campo tra stazione appaltante e imprese concorrenti, il che ha fatto interrogare la dottrina circa la sua legittimità¹⁵⁷.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione, affermando che con la sottoscrizione del patto d'integrità, al momento della presentazione della domanda l'impresa concorrente accetta quelle regole del bando che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza della estromissione dalla gara¹⁵⁸.

La legittimità del patto di integrità è stata ribadita, allorquando la fattispecie è stata inquadrata nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito¹⁵⁹.

2.2. Del resto, al di là della natura giuridica della stazione appaltante, viene in rilievo il carattere discrezionale dell'attività di predisposizione del bando di gara, con riferimento, ad esempio, alla fissazione dei requisiti di partecipazione, alla facoltà di scegliere il criterio di aggiudicazione da applicare alla procedura e gli elementi per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Una discrezionalità che contempla, evidentemente, una comparazione dei differenti interessi pubblici (imparzialità, buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità¹⁶⁰,

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066.

¹⁵⁹ Cons. St., sez. V, 24 marzo 2005, n. 1258.

¹⁶⁰ Il parametro della proporzionalità va letto in collegamento con il parametro dell'imparzialità, che impone un dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di procedere eliminando tutto ciò che non appare essenziale al raggiungimento del fine di interesse pubblico che si intende perseguire con la concorrenza in materia di appalti. Sul punto, cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Damm* 1/2000, p. 67. Alla proporzionalità è legato, altresì, come si vedrà meglio *infra*, il principio del *favor participationis* (sul punto, si vedano CGCE, 16 dicembre 2008, C-213/07; CGCE, 27 ottobre 2005, C-234/03; CGCE, 3 marzo 2005, C-21/03 e C-34/03; Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103).

par condicio dei contendenti¹⁶¹, concorrenzialità¹⁶², correttezza¹⁶³) alla cui cura le procedure di valutazione comparativa appaiono preordinate, anche a seguito dell'impulso proveniente dal diritto comunitario¹⁶⁴.

In altri termini, il bando di gara e, più in generale, la procedura ad evidenza pubblica sono volti esclusivamente all'individuazione del miglior contraente per la pubblica amministrazione, al di là del dato negoziale enfatizzato nelle ricostruzioni privatistiche sopra descritte¹⁶⁵.

È evidente che, stante tale funzione, il bando assume la natura pubblicistica di atto amministrativo generale, al di là delle qualificazioni privatistiche sopra richiamate¹⁶⁶.

¹⁶¹ La *par condicio* costituisce una delle dimensioni possibili dell'imparzialità unitamente al *favor participationis*. Si tratta di due principi «potenzialmente antitetici, inclusivo l'uno (*favor participationis*) e potenzialmente esclusivo l'altro (*par condicio*), che, rispondendo entrambi all'esigenza di stimolo della concorrenza, possono però produrre, qualora non temperati tra loro, effetti opposti al loro comune obiettivo» (L.R. PERFETTI, cit., p. 33).

¹⁶² La tutela della concorrenza deve fare riferimento sia, come è ovvio, al momento della selezione, sia al momento dell'esecuzione del contratto, senza margine per la tolleranza delle amministrazioni, in caso di inadempimento da parte dell'impresa aggiudicataria. Sul punto, cfr., *ex multis*, CGCE, 19 giugno 2008, C-454/06; CGCE, 29 aprile 2010, C-160/08; CGCE, 13 aprile 2010, C-91/08. Del resto, non avrebbe senso affermare il principio di concorrenza se questo fosse limitato solo al momento iniziale della partecipazione alla gara e se non fosse, piuttosto, un presidio della conformità della prestazione a quanto richiesto in gara e promesso in sede di aggiudicazione. Sul punto, la dottrina (R. CAVALLO PERIN – G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Damm*, 2010, p. 347) invoca una precisa regolamentazione delle modalità esecutive del contratto e la previsione di sanzioni efficaci contro l'inadempimento (risoluzione del rapporto, sostituzione del contraente, scorrimento della graduatoria, partecipazione al controllo da parte delle imprese non aggiudicatarie).

¹⁶³ Il parametro della correttezza, da intendersi qui quale rispetto da parte della stazione appaltante del dettato di cui all'art. 1337 c.c., esprime una diversa dimensione di valutazione dell'attività amministrativa: segnatamente, alla violazione del requisito della correttezza è collegata la sanzione dell'illiceità come violazione di diritti soggettivi, conseguenza diversa dall'illegittimità, riferibile invece all'atto amministrativo, cui corrispondono interessi legittimi del privato. La conseguenza di tale distinzione consiste nell'astratta possibilità che vi siano atti illegittimi in presenza di condotte lecite da parte dell'amministrazione o anche atti illegittimi in presenza di una condotta illecita (scorretta) da parte dell'amministrazione. Sul punto, cfr. G.M. RACCA, *Correttezza* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, II, p. 1529. A tale parametro è collegato anche il profilo dell'integrità, essenziale per assicurare la qualità della spesa pubblica in particolare nell'attività contrattuale, inteso, ad es., quale contrasto ai conflitti di interesse, ai favoritismi e alla corruzione, secondo quanto previsto anche dal Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM(2011) 15. Sul punto, cfr. L.R. PERFETTI, cit., p. 30.

¹⁶⁴ F. GAMBARDILLA, cit., p. 19.

¹⁶⁵ Sul punto, cfr. V. RASCIO, *Il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi sull'impugnabilità immediata delle clausole del bando di gara*, in www.neldiritto.it, n. 3/2013, p. 2.

¹⁶⁶ Conformi con tale orientamento sono, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2006, n. 579.

Si tratta, invero, di un atto amministrativo autoritativo¹⁶⁷, grazie al quale si mette in contatto l'attività interna della stazione appaltante con la sfera dei possibili interessati¹⁶⁸.

A conferma di ciò si rileva che l'art. 2, co. 3 d.lgs. n. 163/2006 (cd. codice dei contratti pubblici, d'ora in poi c.c.p.), prevede che «per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni».

A fugare definitivamente qualunque dubbio residuo in ordine alla corretta ricostruzione dogmatica dell'istituto del bando di gara viene in soccorso l'art. 11, co. 7 c.c.p., ai sensi del quale «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta»¹⁶⁹, il che, evidentemente, esclude, *de iure condito*, l'ammissibilità della tesi, sopra prospettata, del bando di gara come offerta al pubblico.

3. Un'ulteriore conferma dell'apporto di discrezionalità presente nei bandi di gara e, dunque, della loro natura pubblicistica¹⁷⁰, è data dalle cd. clausole di esclusione, la cui disciplina, tuttavia, è stata recentemente riformata nel senso di una limitazione del potere della stazione appaltante.

In particolare, da ultimo l'art. 4, co. 1, lett. n) d.l. n. 70/2011 (cd. decreto sviluppo), convertito dalla legge n. 106/2011 prevede la «tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara».

¹⁶⁷ S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa*, Padova, 2002, p. 137.

¹⁶⁸ F. GAMBARDELLA, cit., p. 22.

¹⁶⁹ V. RASCIO, cit., p. 2.

¹⁷⁰ Essendo, come osservato poc'anzi, la discrezionalità uno dei parametri in ragione dei quali è lecito sostenere la tesi della natura pubblicistica del bando di gara.

È una misura che se da un lato limita sensibilmente il potere discrezionale della stazione appaltante, al tempo stesso prevedendo dei bandi-tipo¹⁷¹ restringe viepiù i margini di trattativa previsti, ad esempio, da schemi privatistici sopra richiamati, quale l'invito ad offrire.

La *ratio* di tale misura, peraltro, è da individuare nella prospettiva di semplificazione dei contratti pubblici, nonché di promozione della massima partecipazione alle procedure di gara e prevenzione del contenzioso scaturente dall'interpretazione delle clausole del bando.

Pertanto, le clausole di esclusione, così come tipizzate dal legislatore, fanno riferimento alle seguenti ipotesi: a) mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal relativo regolamento di esecuzione e di attuazione e da altre disposizioni di legge vigenti; b) casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; c) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle (cfr. art. 46, co. 1-bis c.c.p.¹⁷², introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d) d.l. n. 70/2011)¹⁷³.

¹⁷¹ L'art. 4, co. 2, lett. h) d.l. n. 70/2011 ha introdotto all'art. 64 c.c.p. il co. 4-bis, secondo cui «i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità [di vigilanza dei lavori pubblici], previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo». Sull'argomento, si rinvia a C.E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, c. 1 bis del codice dei contratti pubblici*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, p. 3733 e S. PONZIO, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, p. 2464.

¹⁷² A parere dell'AVCP, lo spazio di operatività della deroga, limitato dalla previsione di cui al co. 1-bis, dovrebbe essere ricondotto all'ipotesi di cause di esclusione che, pur derivanti dalla normativa applicabile, non siano contemplate dai bandi-tipo, ad esempio perché previste da disposizioni successive all'adozione dei modelli. Sul punto, cfr. AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro*, 2 agosto 2011, consultabile su www.avcp.it.

¹⁷³ Sul punto, si veda G. VIRGA, *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46 comma 1-bis, del codice degli appalti*, in www.lexitalia.it, 2011, n. 9.

Si tratta di una disposizione che afferma il principio della prevalenza dell'interesse sostanziale rispetto ai canoni meccanicamente formalistici, in ossequio ad una *ratio* finalizzata a radicare la competizione su profili sostanziali, quali i contenuti delle offerte¹⁷⁴.

In giurisprudenza, tuttavia, a fronte di un'iniziale tendenza fortemente antiformalistica, si è consolidata l'idea, condivisa dalla stessa Autorità (già AVCP), per cui, pur nel silenzio del legislatore, spetti all'interprete il compito di sanzionare con l'esclusione la violazione di norme primarie o di regolamento¹⁷⁵.

La discrezionalità perduta dalle stazioni appaltanti a seguito delle modifiche intervenute potrebbe essere comunque recuperata, almeno parzialmente, tra le righe dell'art. 11, co. 2 c.c.p., in tema di delibera a contrarre.

Secondo tale disposizione, «prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte»¹⁷⁶.

Si tratta, pur sempre, di un atto situato in una fase embrionale della procedura, eppure aggredibile in via giurisdizionale, stante la sua astratta attitudine ad incidere sopra situazioni soggettive di terzi meritevoli di tutela¹⁷⁷.

¹⁷⁴ B. GILIBERTI, *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46 comma 1 bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm. TAR*, 2013, p. 1067.

¹⁷⁵ Ivi, p. 1069.

¹⁷⁶ Autorevole dottrina (A. MASSERA, cit., p. 1577) definisce la deliberazione a contrattare come «uno dei momenti più significativi dell'intera procedura dell'evidenza pubblica ai fini del raggiungimento delle finalità ad esse proprie, in quanto da un lato vale a predeterminare gli scopi, i criteri, i contenuti e le modalità della successiva attività che la amministrazione porrà in essere in vista della formazione dell'obbligazione contrattuale, dall'altro a fissare i principali parametri che l'autorità di controllo dovrà tenere presenti nell'approvazione del contratto concluso». La giurisprudenza ha chiarito che la deliberazione di contrattare adottata dalla pubblica amministrazione, con la quale viene fissato il progetto di contratto, con la spesa prevista, ed il metodo di scelta del contraente privato, non è un mero atto preparatorio dell'aggiudicazione, ma è un atto di tipo programmatico, il quale costituisce il presupposto del procedimento contrattuale (Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1159).

¹⁷⁷ F. GAMBARDILLA, cit., p. 31. Un'eventuale invalidità della deliberazione a contrattare costituisce un errore-vizio della volontà con conseguente annullabilità del contratto ad istanza della parte "pubblica" (cfr. A. MASSERA, cit., p. 1579). Analogamente si procede nel caso in cui il contratto effettivamente concluso si discosti rispetto alle linee indicate nella deliberazione a contrattare (cfr. Cass., sez. I, 3 gennaio 2001, n. 59).

Peraltro, tra le righe dell'art. 11, co. 2 cit. non si ravvisano spazi significativi per l'inserimento di clausole di esclusione non tipizzate, facendo la disposizione richiamata riferimento ad altri elementi, quali l'individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte¹⁷⁸.

Viceversa, in tema di clausole di esclusione, residuerebbero margini di discrezionalità in capo alla stazione appaltante in ordine non già nella creazione, quanto nell'individuazione e nella collazione delle stesse¹⁷⁹.

4. Altra questione, poi, è quella della natura normativa del bando di gara, ovvero se lo stesso rivesta natura provvedimento o regolamentare.

I parametri attraverso i quali qualificare la natura normativa del bando di gara non possono che essere i tradizionali profili della norma giuridica, scolpiti dalla teoria generale di diritto ed, in particolare, tra gli altri: la generalità, l'astrattezza e l'innovatività.

Solo attraverso un'analisi del bando di gara in relazione a tali profili è possibile addivenire ad una risposta rigorosa ed univoca e non già meramente assertiva.

Per quanto attiene al profilo della generalità, si può osservare che il bando, a prescindere dalla quantificazione del numero dei destinatari¹⁸⁰,

¹⁷⁸ Secondo F. GAMBARELLA, cit., p. 32 «nella delibera a contrarre l'amministrazione descrive allora l'oggetto del contratto, il valore economico dello stesso, la forma, il fine di pubblico interesse che con il contratto si intende perseguire (elementi essenziali del contratto) e l'ossatura generale della contesa attraverso i criteri di selezione del contraente (con l'individuazione della tipologia di procedura di affidamento) e delle offerte (prezzo più basso ovvero offerta economicamente più vantaggiosa), non andando oltre sul piano della individuazione di regole attinenti ai profili dei concorrenti».

¹⁷⁹ Sul punto, si veda AVCP, *Prime indicazioni sui bandi tipo*, cit. Il limite di discrezionalità nella fissazione dei requisiti di partecipazione diversi dai requisiti di ordine generale consiste nella loro non manifesta irragionevolezza, irrazionalità, sproporzionalità, illogicità, lesività della concorrenza. Cfr. AVCP, cit., nonché Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3740; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377.

¹⁸⁰ In dottrina (G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, p. 152) si è parlato di diversi gradi di generalità, a seconda che i precetti stabiliti dagli atti si riferiscano a classi più o meno ampie di soggetti. Tali diverse sfumature, comunque, non ostano a che possa legittimamente parlarsi dei bandi di gara come atti aventi il carattere della generalità. Il criterio dirimente risiede nella circostanza che il bando si considera diretto ad un novero di destinatari concretamente determinabile solo nel momento in cui pervengono alla stazione appaltante le domande di partecipazione o le offerte di gara. Cfr. L.R. PERFETTI, cit., p. 933.

presenta comunque un'astratta attitudine a produrre effetti nei confronti di classi di soggetti indeterminati ed indeterminabili.

Per quanto attiene al profilo dell'astrattezza, si può rilevare che il bando può ben avere riguardo ad un episodio concreto di esercizio del potere (si pensi alla singola gara per l'aggiudicazione della commessa), piuttosto che ad una fattispecie astratta¹⁸¹.

Tuttavia, il dato che maggiormente concorre a qualificare il bando di gara come avente natura provvedimento è il profilo dell'innovatività, non importando questo una modifica dell'ordinamento giuridico¹⁸², ma esaurendo piuttosto la propria efficacia con la conclusione del relativo procedimento amministrativo¹⁸³.

Si è parlato, anziché di natura regolamentare, più semplicemente di natura precettiva¹⁸⁴ o di "funzione materialmente normativa¹⁸⁵", stante appunto il difetto dei profili strettamente regolamentari in capo al bando¹⁸⁶.

5. Attesa, dunque, la natura osservata del bando di gara, sotto il profilo normativo, è opportuno affrontare la questione dell'ammissibilità della sua disapplicazione in caso di contrasto con norme di legge.

La giurisprudenza amministrativa si è orientata nell'escludere tale possibilità proprio sulla base dell'assunto della natura provvedimento (ergo, non regolamentare) dei bandi¹⁸⁷.

¹⁸¹ Cfr. G. DELLA CANANEA, cit., p. 155.

¹⁸² C.E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento*, in *Urb. e app.*, n. 4/2003, p. 432, cit. in F. GAMBARDELLA, cit., p. 35 rileva che il bando di gara non modifica il contenuto delle fonti del diritto, trattandosi soltanto di un atto applicativo con riferimento ad un determinato procedimento. Lo stesso Autore, peraltro, parla di "generalità apparente", «trattandosi semplicemente della pluralità di soggetti titolari delle condizioni richieste per partecipare alla gara».

¹⁸³ Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35.

¹⁸⁴ S. VINTI, cit., p. 133, cit. in F. GAMBARDELLA, cit., p. 36.

¹⁸⁵ G. D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro Amm. C.d.S.*, n. 2/2010, p. 335, cit. in F. GAMBARDELLA, cit., p. 36, ove si accredita, peraltro, la tesi del bando come *tertium genus* tra atto amministrativo e atto normativo (formalmente amministrativo e materialmente normativo).

¹⁸⁶ Secondo pronunce risalenti, il bando di gara avrebbe natura normativa anche se i suoi effetti sono limitati al solo ordinamento interno della pubblica amministrazione che lo ha adottato (cfr. TAR Lombardia – Milano, 2 aprile 1997, n. 354).

¹⁸⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35; Cons. St., Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1; Cons. St., sez. IV, 22 maggio, 2012, n. 2988; TAR Puglia - Bari, sez. I, 4 aprile 2012, n. 661; TAR Puglia – Bari, sez. III, 13 aprile 2011, n. 580; TAR Sicilia – Palermo, sez. III, 1° marzo 2011, n.

Questione diversa dalla disapplicazione è quella della cd. eterointegrazione precettiva del bando, con conseguente inserzione automatica nel disciplinare di gara di obblighi derivanti da norme imperative dei quali manca richiamo espresso nel bando di gara o nella lettera d'invito¹⁸⁸.

Presupposto indefettibile della questione è il cd. carattere esaustivo della disciplina contenuta nel bando, da cui discende l'impossibilità per la stazione appaltante di modificare tale disciplina attraverso successive integrazioni, pena la violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti¹⁸⁹.

Alla luce di tale premessa e della natura di atto amministrativo del bando di gara, si rileva che l'integrazione (automatica) del bando ad opera di previsioni espresse di legge si rende possibile solo nell'ipotesi di lacuna del bando, ossia nel caso in cui la stazione appaltante abbia omissso di inserire nella disciplina di gara un contenuto previsto come obbligatorio da una norma dell'ordinamento¹⁹⁰.

371; TAR Toscana – Firenze, sez. II, 6 luglio 2010, n. 2317; TAR Campania – Napoli, sez. III, 26 maggio 2009, n. 2939; Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; TAR Sicilia – Palermo, sez. III, 12 febbraio 2007, n. 511; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5005. *Contra*, Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, ove si legge che «le clausole di esclusione del bando di gara sono da qualificarsi come disposizioni regolamentari, dal che consegue il potere del giudice amministrativo di disapplicarle anche se non tempestivamente impugnate, ove ciò risulti necessario ai fini di giustizia». L'evidenziata tesi della natura provvedimentoale del bando mantiene intatta la propria validità, malgrado sia invalsa (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 113; Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 536; Cons. St., sez. V, 16 marzo 2005, n. 1080; Cons. St., sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397) la consuetudine di qualificare il bando come *lex specialis* della gara ad evidenza pubblica (il che potrebbe far pensare, *prima facie*, ad una qualificazione in senso normativo-regolamentare). Aderendo alla tesi della natura normativa del bando, la non conformità ad una disposizione normativa sarebbe valutata alla luce della disciplina che regola il contrasto tra norme. In tale ipotesi, nel caso particolare di contrasto con una disposizione comunitaria, il bando sarebbe in particolare soggetto al potere di disapplicazione. Sul punto, cfr. L.R. PERFETTI, cit., p. 934.

¹⁸⁸ Cfr. F. GAMBARDILLA, cit., p. 38. Secondo alcuni Autori, l'integrazione automatica costituirebbe, invece, un corollario del principio di legalità, ossia come il prodotto della forza propria dell'atto normativo contenente prescrizioni imperative, in applicazione del principio per cui le norme imperative trovano applicazione a prescindere da una espressa manifestazione di volontà attizia in tal senso. Sul punto, cfr. G. D'ELIA, cit., p. 327.

¹⁸⁹ La prescrizione in altro documento di requisiti o di documentazione senza nessun richiamo nel bando che valga a sollecitare almeno la diligenza delle imprese che intendano concorrere, è stata ritenuta pregiudizievole delle facoltà che devono essere riconosciute, anche per una semplice valutazione preliminare di convenienza, a qualsiasi impresa che, fidando sulle regole comunitarie, possa presumere che nessun altro requisito è stabilito per prendere parte alla selezione (Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 363).

¹⁹⁰ Il riconoscimento della natura di atto amministrativo generale in capo al bando esclude infatti l'eterointegrazione normativa nella diversa ipotesi in cui il bando medesimo contenga una regola contraria ad una disposizione di legge. In tal caso, per chi avesse interesse ad invalidare la previsione del bando di gara vi sarebbe esclusivamente la possibilità dell'impugnativa del bando medesimo (cfr. Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256). La possibilità dell'eterointegrazione normativa è stata

Si è detto che l'integrazione automatica rende operativi obblighi di legge che gravano in capo ai concorrenti, che diventano automaticamente parte del disciplinare di gara, ma che, allo stesso tempo, comportano oneri di attivazione istruttoria per le stesse stazioni appaltanti, tenute, in forza del cd. dovere di soccorso istruttorio ricavabile dal combinato disposto degli artt. 6, co. 1, lett. b) l. n. 241/1990¹⁹¹ e 46, co. 1 c.c.p.¹⁹² a sollecitare le parti nel senso della produzione dei documenti necessari per assolvere quegli obblighi, ancorché non richiesti in sede di formulazione del bando¹⁹³.

Altra ipotesi di automatica integrazione delle disposizioni del bando di gara è costituita dai valori di particolare interesse sociale perseguiti dalla legge, che, fondandosi su un parametro costituzionale a prescindere dalla *lex specialis*, non

ritenuta legittima qualora la stazione appaltante avesse ommesso di inserire nella disciplina di gara un elemento previsto come obbligatorio dall'ordinamento giuridico. In tali ipotesi soccorrerebbe, peraltro, un meccanismo di integrazione automatica, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione (cfr. Cons. St., sez. V, 9 settembre 2011, n. 5073). Sul punto, si veda L. R. PERFETTI, cit., pp. 935 ss. Occorre segnalare, tuttavia, anche un orientamento giurisprudenziale, invero risalente, che osta all'applicabilità dell'eterointegrazione del bando. In tale prospettiva è stato affermato che al regolamento di gara non sarebbe applicabile il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, in quanto: a) non troverebbe applicazione la previsione di cui all'art. 1339 c.c., posto che la stessa prevede quale presupposto necessario la conclusione di un accordo negoziale, il cui contenuto sia in contrasto con una o più previsioni di legge; b) l'inserzione automatica sarebbe esclusivamente giustificata dall'esigenza di prevedere un meccanismo che garantisca l'applicazione ai contratti già stipulati delle norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo e la contestuale conservazione della validità e dell'efficacia di quest'ultimo; c) l'esigenza di cui al punto b) è inammissibile nella fase procedimentale di scelta del contraente, configurandosi il bando di gara, al pari della lettera di invito, alla stregua di provvedimento amministrativo, insuscettibile di integrazione; d) i provvedimenti amministrativi relativi alla disciplina di gara si limitano a regolare il procedimento di selezione del contraente e non contengono, come tali, alcuna disposizione precettiva in ordine alla misura dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto che sarà stipulato all'esito della procedura; e) il procedimento di valutazione comparativa concorrenziale è informato al *favor participationis*, con il corrispondente obbligo delle stazioni appaltanti di indicare in modo chiaro e preciso i termini e le condizioni per la partecipazione alla procedura, donde l'esigenza che le cause di esclusione siano espressamente previste (cfr. TAR Umbria, 13 ottobre 2010, n. 484; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35). Sul punto, si veda L. R. PERFETTI, cit., pp. 936 ss.

¹⁹¹ «[Il responsabile del procedimento] b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali».

¹⁹² «Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

¹⁹³ G.M. MARENGHI, *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2011, pp. 687-688.

possono condurre l'amministrazione a ritenersi esonerata dall'osservanza di dettati positivi e costituzionali, con conseguente integrazione del bando *ope legis*¹⁹⁴.

Ulteriormente diversa, benché collegata alle precedenti, è, infine, l'ipotesi di contrasto tra regole del bando e prescrizioni di legge temporalmente successive allo stesso.

In questo caso, la giurisprudenza prevalente¹⁹⁵ si è orientata nel senso di escludere che l'eventuale *ius superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole abbia effetti innovativi (salvo l'esercizio del potere di autotutela) e che le disposizioni sopravvenute alla pubblicazione del bando possano essere applicate alla gara¹⁹⁶.

Tale orientamento, peraltro, è del tutto coerente con la ricostruzione del bando di gara quale atto amministrativo, indifferente alle modifiche legislative, e non già quale atto regolamentare (*stricto sensu* normativo), soggetto a disapplicazione ai sensi dell'art. 4, co. 1 disp. prel. c.c.¹⁹⁷.

6. Tenuto conto dei profili che caratterizzano il bando da un punto di vista statico sopra descritti, si possono osservare i profili di natura funzionale, che attengono, appunto, al funzionamento in concreto del bando.

Sul punto, è stata evidenziata una duplicità di fasi, rispettivamente ricondotte in un alveo pubblicistico e in un alveo privatistico: nel primo sono state individuate le attività contrattuali strumentali alla scelta della contraente (sostanzialmente, dalla delibera a contrarre al verbale di aggiudicazioni), nelle quali l'ente aggiudicatore fa valere la propria posizione di "contraente forte", mentre nel secondo sono state individuate le fasi successive alla stipulazione del contratto, nelle quali il contraente prescelto recupera un piano di parità con l'amministrazione¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2009, n. 4028; Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256.

¹⁹⁵ Cfr., *ex multis*, TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 223; TAR Sicilia – Catania, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 1021; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2006, n. 2260; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485.

¹⁹⁶ F. GAMBARDELLA, cit., p. 45.

¹⁹⁷ «I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi».

¹⁹⁸ Sul punto cfr. A. MASSERA, cit., pp. 1375 ss.; F. GAMBARDELLA, cit., p. 51.

Tuttavia, anche alla luce della tipizzazione delle clausole di esclusione, sopra evidenziata, occorre rilevare la funzione di temperamento del potere discrezionale della stazione appaltante svolta dal bando in ossequio ai principi generali dell'azione amministrativa, così come integrati dal diritto comunitario¹⁹⁹ (imparzialità, parità di trattamento, concorrenza).

Si parla, a tal proposito, del cd. autolimitate, inteso come vincolo che l'amministrazione pone a sé stessa nel bando per lo svolgimento della sua futura attività discrezionale²⁰⁰.

7. Elemento decisivo del bando e, più in generale, delle procedure ad evidenza pubblica è rappresentato dalla scelta del criterio di aggiudicazione, ben suscettibile, evidentemente, di determinare l'esito della gara stessa.

Si tratta, ancora una volta, di un'espressione del cd. autolimitate della pubblica amministrazione, sopra descritto, in quanto, attraverso la predeterminazione dei criteri di aggiudicazione, si limita la discrezionalità dell'ente aggiudicatore a garanzia dell'interesse pubblico, nonché delle posizioni giuridiche dei concorrenti²⁰¹.

Coerentemente con tale *ratio*, l'art. 81 c.c.p. limita i criteri di aggiudicazione a quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (co. 1, nonché art. 53 dir. UE 2004/18)²⁰².

¹⁹⁹ Sul punto, si rinvia alla nota della Commissione europea 30 gennaio 2008, n. 2007/2309, C(2008)0108, reperibile in www.giustamm.it, laddove si sottolinea che il principio della parità di trattamento postula la necessità che tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto siano messi a disposizione dei concorrenti prima della formulazione delle offerte, in modo da poterne conto. Proprio su impulso del diritto comunitario il d.lgs. n. 152/2008 ha previsto la soppressione della disposizione di cui all'art. 83, co. 4 c.c.p., che riconosceva al seggio di gara il potere di fissare in via generale i criteri motivazionali cui attenersi nell'attribuire il punteggio ai singoli criteri e sub-criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

²⁰⁰ P.M. VIPIANA, *L'autolimitate della pubblica amministrazione*, Milano, 1990 cit. in F. GAMBARELLA, cit., p. 53.

²⁰¹ Sul punto, cfr., *ex multis*, Cass., SS.UU., 26 giugno 1986, n. 4521.

²⁰² Si veda anche il considerando 46 della dir. UE 2004/18, ai sensi del quale «L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del "prezzo più basso" e quello della "offerta economicamente più vantaggiosa"».

Il tenore letterale dell'art. 81 c.c.p. lascia intendere che i due criteri ivi riportati siano da considerare alternativi tra loro, in ossequio alla discrezionalità della stazione appaltante, che troverebbe proprio in relazione a tale scelta un'affermazione non sempre riconosciuta dall'ordinamento (come osservato *supra*)²⁰³.

In altri termini, la previsione dei due criteri di cui all'art. 81 c.c.p. è il modo per riconoscere all'amministrazione aggiudicatrice il necessario margine di discrezionalità nel perseguimento dei propri obiettivi e l'alternativa offerta dalla norma rileva proprio nella misura in cui consente alle amministrazioni di valutare il criterio di volta in volta più coerente con le caratteristiche dell'oggetto contrattuale²⁰⁴.

Viene in rilievo qui il dato dell'oggetto contrattuale, l'elemento intorno al quale e in ragione del quale l'amministrazione procede alla scelta del criterio di aggiudicazione, non potendo tale scelta che essere operata in funzione di esso.

Proprio la valutazione dell'oggetto del contratto, *id est* della natura e delle caratteristiche delle attività in esso dedotte, costituisce il parametro più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta²⁰⁵.

Tale criterio, peraltro, è stato anch'esso recepito dal legislatore nel secondo comma dell'art. 81 c.c.p.²⁰⁶.

Al di là del dato normativo appena descritto, che considera i due criteri come alternativi, è possibile rilevare un certo *favor* espresso dalla giurisprudenza amministrativa nei confronti del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁰⁷.

²⁰³ La libertà di scelta del criterio di aggiudicazione o, perlomeno, la sua non limitazione al mero criterio del prezzo più basso era stata affermata dalla giurisprudenza comunitaria (CGCE, 7 ottobre 2004, C-247/2002), in interpretazione dell'art. 30, n 1 dir. 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993.

²⁰⁴ F. GAMBARDELLA, cit., p. 59.

²⁰⁵ Cfr. CGCE, 7 ottobre 2004, C-247/2002.

²⁰⁶ «Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta».

²⁰⁷ La giurisprudenza amministrativa tende a limitare l'ambito di applicazione del criterio del prezzo più basso alle ipotesi in cui la *lex specialis* non lasci margini di definizione dei contenuti dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa; predefinisca e descriva puntualmente tutti gli elementi progettuali; si svolga mediante operazioni in larga misura standardizzate e individui in modo preciso il complesso delle prestazioni e la concreta organizzazione del lavoro, con la

Difatti, il criterio del prezzo più basso potrebbe determinare, perlomeno in astratto, il rischio di un'offerta non affidabile o di un inesatto o intempestivo adempimento della prestazione e di un conseguente *vulnus* ai principi di buon andamento e concorrenza²⁰⁸.

Dalla richiamata giurisprudenza in tema di criteri di aggiudicazione si può ricavare l'assunto che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implichi l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del prezzo più basso consegua una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara²⁰⁹.

8. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto al quale, come osservato *supra*, si registra un certo *favor* diffuso da parte dell'ordinamento (e, segnatamente, della giurisprudenza), non è, tuttavia, suscettibile di ricevere un'applicazione assoluta e indiscriminata, dovendo, piuttosto, soggiacere a precisi limiti.

In primo luogo, è opportuno rilevare che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consiste nell'onere, da parte dell'amministrazione, di individuare, all'interno del bando, gli elementi di valutazione dell'offerta, ovvero i parametri cui si atterrà il seggio di gara per individuare la soluzione migliore²¹⁰.

L'art. 83, co. 1 lett. a) ss. c.c.p. presenta un catalogo non tassativo²¹¹ di alcuni dei criteri ai quali informare la scelta ed, in particolare, individua, tra gli

conseguenza che l'unica variabile è costituita dal prezzo, rimesso, appunto, all'offerta di ciascun concorrente (TAR Sicilia – Palermo, sez. I, 26 giugno 2008, n. 853; si veda anche TAR Puglia – Bari, sez. I, 5 luglio 2007, n. 1754).

²⁰⁸ Cfr. F. GAMBARDELLA, cit., p. 60.

²⁰⁹ Ivi, p. 64.

²¹⁰ Ivi, p. 65.

²¹¹ Sul punto, si veda Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259, ove si statuisce che «la scelta da parte dell'Amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur essendo connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto».

altri, il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, la redditività, le caratteristiche tecniche e funzionali.

È evidente, stante il carattere articolato (e, per giunta, non tassativo) di tale elenco, che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si qualifichi come criterio maggiormente complesso (e, per ciò stesso, preferibile) rispetto al criterio del prezzo più basso.

Del resto, la nozione di economicità da sposare in questa sede consiste non già nella mera accezione aziendalista che ritiene economico il comportamento che in presenza di mezzi limitati tende al massimo risultato; bensì quella comparativa, che parte dalla considerazione che ogni operatore, avendo avanti a sé una molteplicità di obiettivi da perseguire con risorse limitate, opta per la soluzione che ritiene produca il massimo benessere ad una comunità (vantaggi), con la conseguenza che è economica quella soluzione che offre vantaggi superiori ai costi derivanti dalla mancata utilizzazione delle stesse risorse in scelte alternative²¹².

Si tratta, in altri termini, di una declinazione dell'economicità che tenga conto non solo del migliore rapporto tra qualità e prezzo delle prestazioni (*best value for money*), ma anche (e soprattutto) delle esigenze di carattere sociale e ambientale, così come previsto dall'art. 2, co. 2 c.c.p.²¹³.

Un'economicità che si traduca anche in continuità²¹⁴ delle gare pubbliche, con conseguente divieto di interruzione per periodi prolungati se non per giustificati e legittimi motivi²¹⁵.

²¹² R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento*, cit., p. 614.

²¹³ «Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

²¹⁴ Corollario del principio di continuità è il cd. principio di tempestività. In particolare, a fronte del cd. danno di ritardo, l'amministrazione si può vedere costretta a risarcire i danni patiti in conseguenza della ritardata aggiudicazione di un contratto di appalto (Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2005). Ogni ritardo nella procedura di aggiudicazione può essere fonte di risarcimento del danno in via precontrattuale, palesandosi come cattiva fede nella gestione delle trattative, sia come chiara manifestazione di inefficienza ed inefficacia amministrative, proprio a cagione dell'eccessivo dispendio di risorse, ivi compreso l'elemento diacronico, per l'ottenimento di un risultato (L.R. PERFETTI, cit., p. 28).

²¹⁵ Per ipotesi di deroghe al principio di continuità, si veda Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2002, n. 5 (è stata qui ritenuta legittima l'interruzione della gara per consentire ai dipendenti comunali il godimento del periodo di ferie).

Particolarmente meritevole di attenzione tra i profili elencati nell'art. 83, co. 1 è, poi, il requisito delle cd. caratteristiche ambientali (lett. e)²¹⁶.

Tale requisito evidenzia il carattere pubblicistico (ossia, di cura dell'interesse generale) sotteso alle procedure ad evidenza pubblica, al di là dell'oggetto del contratto specifico.

I criteri ecologici, peraltro, si situano in perfetta coerenza con lo spirito della nostra Costituzione (si pensi all'art. 9, co. 2, in tema di tutela del paesaggio), nonché con gli indirizzi espressi dal diritto comunitario (cfr. art. 36, n. 1, lett. a) dir. 92/50/CEE²¹⁷; ma anche il considerando 46 dir. 18/2005).

Parimenti rilevanti sono, poi, i commi successivi dell'art. 83 c.c.p., ove si prevede che nel bando di gara sia precisata la ponderazione relativa a ciascuno dei criteri scelti (co. 2) ovvero, e soltanto qualora sia impossibile, per ragioni dimostrabili, l'ordine decrescente di importanza dei criteri (co. 3).

È importante, tuttavia, come ampiamente chiarito dalla giurisprudenza interna e comunitaria²¹⁸, tenere presente che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è cosa diversa dalla valutazione dei requisiti strettamente attinenti alle capacità del prestatore e, quindi, alla qualità soggettiva del candidato.

In altri termini, nell'oggetto del criterio devono esservi considerazioni relative al "prodotto" e non già al "produttore"²¹⁹, costituendo le due categorie espressione di momenti distinti, governati da regole e principi differenti.

In definitiva, è possibile un utilizzo dell'aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, ove si presenti nell'offerta un computo

²¹⁶ «Le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto».

²¹⁷ Sul punto, si veda CGCE, 17 settembre 2002, C-513/99.

²¹⁸ CGCE, 20 settembre 1988, C-31/87; CGCE, 24 gennaio 2008, C-532/06; CGCE, 19 giugno 2003, C-315/01; Cons. St., sez. III, 18 giugno 2012, n. 3550; TAR Liguria – Genova, sez. II, 15 dicembre 2011, n. 1841; Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 5434; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8893; Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208; Cons. St., sez. V, 28 agosto 2009, n. 5105; Cons. St., sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971; TAR Sicilia – Catania, sez. III, 4 ottobre 2007, n. 1567; Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323; Cons. St., sez. V, 16 aprile 2003, n. 1993.

²¹⁹ F. GAMBARELLA, cit., p. 68.

completo di tutti i benefici e i costi che l'amministrazione sarà tenuta a sostenere in conseguenza dei beni o dei servizi acquistati²²⁰.

9. Ulteriore spazio di discrezionalità rimesso all'amministrazione è costituito dall'ambito applicativo dell'art. 41 c.c.p., in tema di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi.

In particolare, ai sensi del primo comma della disposizione citata, «Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;
- c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi».

Dal tenore letterale della norma si evince il carattere non cumulativo dei criteri di cui alle lettere a) e seguenti e, più in generale, una certa flessibilità di ciascuno di essi, singolarmente intesi, espressa dall'utilizzo delle congiunzioni disgiuntive "o" (lett. a), b), c)) ed "ovvero" (lett. b)).

Il potere discrezionale della stazione appaltante si traduce in concreto nella possibilità di derogare in senso restrittivo ai requisiti di cui all'art. 41 c.c.p., sia pure entro certi limiti.

Tale potere rinviene la propria *ratio* nei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.²²¹.

²²⁰ Cfr. COM (2001) 274.

²²¹ Si vedano, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 28 giugno 2006, n. 4201; TAR Calabria – Reggio Calabria, 6 dicembre 2006, n. 1775; Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6970.

La sede giuridica nella quale esso opera è, evidentemente, il bando.

Proprio con riferimento al dettato dell'art. 41 c.c.p., si evidenzia la complessità del bando, in relazione al delicato bilanciamento di interessi che esso deve realizzare.

Difatti, se il potere di fissare requisiti maggiormente restrittivi può rivelarsi una garanzia dell'interesse generale sotteso alla procedura, lo stesso non deve tradursi, però, in un mero arbitrio in danno degli operatori esclusi.

Ed invero, accanto alle garanzie della qualità dei lavori dedotti nel bando, è opportuno avere riguardo ad altri interessi, enucleati dalla giurisprudenza amministrativa, parimenti meritevoli di tutela: è il caso, soprattutto, del *favor participationis*²²² e della concorrenza, valori, entrambi, mutuati o, quanto meno, promossi dal diritto comunitario²²³.

L'art. 41 c.c.p. riflette esso stesso una *ratio* di temperamento degli interessi contrapposti descritti, laddove prevede che «sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale» (co. 2 parte finale²²⁴) e che «se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante» (co. 3).

²²² Si veda TAR Lazio – Roma, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 85.

²²³ Sulla questione della compatibilità tra misure a tutela della pubblica amministrazione e misure a tutela della concorrenza e conseguenti rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, si veda F. SATTA, *Crisi della giustizia amministrativa?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 3491 cit. in F. GAMBARDELLA, cit., p. 75. È stato osservato (L.R. PERFETTI, cit., p. 21), del resto, che «il principio di concorrenza costituisce lo strumento che può assicurare la partecipazione anche transfrontaliera alle procedure di affidamento dei contratti pubblici ancora significativamente limitata» e che «il principio di concorrenza non è posto unicamente nell'interesse delle amministrazioni pubbliche, ma ha uno scopo più ampio, i cui beneficiari sono gli stessi imprenditori vincolati – unitamente alle pubbliche amministrazioni – dalle norme sulla competizione in materia di appalti. Si è verificato un cambiamento di prospettiva rispetto alle leggi di contabilità pubblica, finalizzate all'interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione, con conseguente mutamento dei rapporti tra imprese e pubbliche amministrazioni» (A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Damm* 1/1998, pp. 10 ss. cit. in L.R. PERFETTI, cit., p. 21).

²²⁴ Comma modificato dalla l. n. 135/2012, in vigore dal 15 agosto 2012, di conversione del d.l. n. 95/2012.

Si tratta di misure che mirano a limitare la previsione di requisiti restrittivi, laddove questi si traducano in oneri oltremodo gravosi in danno degli operatori, limitando i relativi diritti di partecipazione alle procedure.

La giurisprudenza, del resto, ha più volte avuto modo di affermare che il principio di proporzionalità (consacrato nell'art. 2, co. 1 c.c.p.) impone che le prescrizioni in punto di requisiti di ammissione non appaiano *ictu oculi* irragionevoli, illogiche o contraddittorie²²⁵ rispetto alla fattispecie, dovendo risultare piuttosto conformi alle esigenze oggettive dell'amministrazione con riguardo al tipo di prestazione richiesta²²⁶ (in ossequio ai cd. requisiti della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito²²⁷), in coerenza, peraltro, con il generale divieto di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, co. 2 l. n. 241/1990²²⁸.

10. Il bando di gara, in quanto *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, è soggetto ai criteri di interpretazione delle norme giuridiche di cui alla teoria generale del diritto²²⁹.

Naturalmente, attesa la natura *sui generis* della *lex* in questione, i criteri ermeneutici non saranno applicati in modo incondizionato, bensì andranno utilizzati entro i limiti ben precisi fissati dalla giurisprudenza.

²²⁵ Si vedano, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 212; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1186; Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2007, n. 647; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 37; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377; Cons. St., sez. V, 28 giugno 2006, n. 4201; Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7139; Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3740; Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377.

²²⁶ F. GAMBARDELLA, cit., p. 74.

²²⁷ I requisiti diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali possono essere censurati solo allorché appaiano viziati da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (AVCP, Parere di precontenzioso, 22 giugno 2011, n. 122).

²²⁸ Cfr. TAR Liguria – Genova, sez. II, 23 giugno 2005, n. 940; Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6972. Sul punto, si segnala che è stata ritenuta illegittima la clausola del bando di gara per l'affidamento del servizio di ampliamento dell'impianto di pubblica illuminazione e fornitura di energia elettrica che imponeva ai partecipanti il possesso della certificazione di qualità della serie europea ISO 14001. La prevalente prestazione di energia oggetto dell'appalto, *ex se* di poco impatto ambientale, rendeva superflua una simile, rigorosa, certificazione (TAR, Puglia – Lecce, sez. III, 6 ottobre 2009, n. 2247).

²²⁹ Sul punto, si rinvia a M. MONTEDURO, *Interpretazione del bando*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, Padova, 2005, pp. 764 ss.

In particolare, si è consolidata la distinzione tra le clausole contenenti prescrizioni che il bando impone ai concorrenti senza stabilire quale sanzione colpirà il trasgressore in caso di inosservanza e le clausole contenenti prescrizioni imposte a pena di esclusione²³⁰.

La prima categoria di clausole vanno interpretate secondo il cd. criterio teleologico, ossia verificando la sussistenza o meno di un rapporto di “strumentalità necessaria” tra la clausola in questione e l’interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante e, solo in caso in esito positivo di tale verifica, l’interprete disporrà l’esclusione del concorrente dalla gara²³¹.

Viceversa, la seconda categoria di clausole impone l’interpretazione delle clausole del bando esclusivamente mediante il criterio letterale, disponendosi, dunque, l’esclusione in caso di trasgressione della clausola²³².

In generale, tuttavia, si registra nella giurisprudenza amministrativa un tendenziale *favor* per il ricorso all’interpretazione letterale delle clausole del bando.

La *ratio* di tale orientamento è da rinvenire principalmente nelle esigenze di certezza, celerità e imparzialità espresse dal bando²³³, nonché nell’esigenza di attuare il più volte richiamato principio del *favor participationis* in una prospettiva di effettività.

È il caso, ad esempio, di quelle pronunce che hanno affermato la natura di stretta interpretazione in capo alle clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta l’impresa partecipante alla gara, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute,

²³⁰ M. MONTEDURO, cit. parla, rispettivamente, di clausole “ordinarie” e di clausole “rinforzate”.

²³¹ Nel caso di ambiguità o oscurità, le clausole debbono essere interpretate nel modo meno restrittivo sicché è illegittimo, ad es., interpretare la prescrizione di bando che impone la sottoscrizione dell’offerta tecnica ad opera di “tecnici abilitati” individuando come tali solamente i liberi professionisti iscritti ad un ordine professionale (Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7262).

²³² Sul punto, cfr. L.R. PERFETTI, cit., p. 940.

²³³ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 22 giugno 2012, n. 3687; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2005, n. 4413, ove si afferma che nell’interpretazione delle clausole del bando per l’aggiudicazione di un contratto pubblico deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell’applicazione.

e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione²³⁴.

Quanto sopra in una prospettiva garantista della libera partecipazione degli operatori economici alle gare, tanto più in relazione alle clausole che attengono alle dichiarazioni che incombono ai partecipanti alle procedure, ossia al momento nel quale la gara deve esprimere al massimo grado il proprio carattere inclusivo (ovviamente, nel rispetto del principio di legalità).

Il ricorso all'interpretazione letterale delle disposizioni del bando incontra il proprio limite nell'equivocità e nell'ambiguità delle medesime²³⁵.

In tali ipotesi, è stato chiarito in giurisprudenza che le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ed in particolar modo le clausole di esclusione dalla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico l'esigenza di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili²³⁶.

Tale orientamento riflette una relazione di identità, oramai consolidatasi nella giurisprudenza, tra interesse pubblico e più ampia partecipazione alle procedure, che si rivela, dunque, funzionale non solo all'interesse degli operatori esclusi, ma anche, in via mediata, all'interesse della collettività, in termini di qualità dei lavori e delle relative condizioni.

In relazione, poi, al tema, già accennato in precedenza, dell'eventuale contrasto delle regole fissate nel bando di gara con il cd. *ius superveniens*: in tal caso, le prime risultano prevalenti rispetto al secondo, in forza del criterio di

²³⁴ Si veda Cons. St., sez. V, 6 giugno 2012, n. 3319.

²³⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 19 settembre 2011, n. 5282; Cons. St., sez. V, 2 agosto 2010, n. 5075; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; Cons. St., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162.

²³⁶ Cons. St., sez. V, 12 luglio 2010, n. 4478.

specialità²³⁷ (attesa la natura, più volte ribadita, di *lex specialis* rivestita dal bando²³⁸), salvo l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione²³⁹.

Pertanto, la procedura di gara è assoggettata alla disciplina vigente all'epoca della pubblicazione del bando (*tempus regit actum*)²⁴⁰, inteso come momento iniziale del procedimento, in ossequio al principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti²⁴¹, risultando irrilevanti le modifiche intervenute successivamente²⁴².

Si parla, difatti, di un rinvio materiale, e non dinamico, da parte del bando ad una determinata norma, nel senso di farla propria, rendendola indifferente alle mutazioni successivamente intervenute a livello legislativo²⁴³.

Altra ipotesi rilevante ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione del bando è quella della difformità tra le diverse versioni del bando pubblicato, ad esempio, tra quella pubblicata sulla G.U.C.E. e quella apparsa sul sito *web* della stazione appaltante, consistente nella previsione, in seno alla seconda, di taluni requisiti a pena di esclusione non inseriti nella prima²⁴⁴.

²³⁷ *Lex specialis derogat legi generali; lex posterior generalis non derogat legi priori speciali.*

²³⁸ Ulteriore corollario di tale natura giuridica è costituito dal principio, sancito in alcune pronunce, secondo cui sarebbe illegittima la mancata esclusione dalla gara di un'impresa che abbia omissso di produrre un documento nelle forme previste dal bando di gara, dal momento che quest'ultimo costituisce, appunto, la *lex specialis* della gara stessa e le sue prescrizioni devono intendersi come tassative (cfr. TAR Campania – Napoli, sez. II, 26 febbraio 2002, n. 1071).

²³⁹ Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485; Cons. St., sez. V, 23 giugno 2010, n. 3964; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2006, n. 2260. *Contra*, in dottrina si segnala R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, pp. 420 ss., che critica, in una prospettiva *de iure condendo*, l'assoluta impermeabilità del bando rispetto allo *ius superveniens*.

²⁴⁰ Cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. III, 23 settembre 1998, n. 2162.

²⁴¹ Cfr. R. CARANTA, cit., p. 420.

²⁴² B. RAGANELLI, *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Milano, 2010, p. 179, cit. in L.R. PERFETTI, cit., p. 941.

²⁴³ Cfr. Cons. St., sez. IV, 29 dicembre 1998, n. 1605; si veda anche Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206, ove si afferma che il regolamento della gara è cristallizzato dal bando; nel senso che in una gara d'appalto di lavori pubblici, la lacuna normativa, determinata in corso di gara dalla mancata conversione di un decreto-legge che conteneva la norma eccezionale sull'automatica esclusione delle offerte anomale, va colmata attraverso l'ordinario criterio ermeneutico secondo cui, in sede di gara, la stazione appaltante deve applicare le regole del bando (che, insieme alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* del procedimento, come tale mai disapplicabile, neppure in caso di *ius superveniens*, salvo, ovviamente, l'esercizio del potere di autotutela), in quanto, quando il bando medesimo intenda operare un rinvio materiale e non dinamico ad una norma come regola della futura attività di una pubblica amministrazione, la rende in tal modo indifferente alle mutazioni successive; si veda anche Cons. St., sez. V, 3 settembre 1998, n. 591. Sul punto, cfr. R. CARANTA, cit., p. 420.

²⁴⁴ L.R. PERFETTI, cit., p. 942.

In quel caso, attesa la difformità tra le versioni del medesimo bando pubblicate²⁴⁵, è stata ritenuta legittima la scelta della stazione appaltante di annullare in autotutela la procedura di gara, al fine di eliminare la discrasia esistente, potenzialmente dissuasiva a discapito delle imprese non in grado di presentare la documentazione nei termini più rigorosi stabiliti nella versione web della *lex specialis*²⁴⁶.

Infine, occorre descrivere le ipotesi di contrasto tra le previsioni contenute nel bando con quelle di cui ad altri documenti di gara: anche in tali ipotesi, è stata sostenuta in giurisprudenza la prevalenza del bando²⁴⁷.

È stata, ad esempio, affermata la prevalenza del bando nei confronti della lettera di invito eventualmente in contrasto con esso²⁴⁸.

Conseguentemente, è stato giudicato illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato sulla base della disciplina contenuta nella lettera d'invito, più restrittiva rispetto alla normativa di gara, prevista nel bando²⁴⁹.

Analogamente, la giurisprudenza ha affermato la prevalenza del bando nell'ipotesi di contrasto tra disposizioni di esso e clausole del capitolato, sulla base della circostanza per cui il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito alla gara e non di regolamentare direttamente la procedura selettiva²⁵⁰.

²⁴⁵ In tale ipotesi, la prevalenza del bando pubblicato sulla G.U.C.E. non toglie che la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, possa avere indotto i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito.

²⁴⁶ Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1949.

²⁴⁷ Cfr., sul punto, L.R. PERFETTI, cit., p. 942.

²⁴⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. II, 7 marzo 2001, n. 149; Cons. St., sez. V 29 marzo 2004, n. 1660.

²⁴⁹ Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4278 (nel caso di specie, la lettera di invito imponeva la disponibilità in proprietà o in avvalimento di tutti i mezzi necessari per l'esecuzione del contratto, in quanto espressamente elencava le lavorazioni per le quali i medesimi sono necessari).

²⁵⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 29 agosto 2006, n. 5035; AVCP, parere di precontenzioso 21 aprile 2011, n. 72; TAR Puglia – Bari, sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394.

11. Le violazioni della *lex specialis* ad opera dei concorrenti possono dare luogo all'esclusione dalla gara.

Si tratta di una questione particolarmente sentita nel nostro Paese, tenuto conto della cultura formalistica che caratterizza la pubblica amministrazione italiana²⁵¹.

La giurisprudenza amministrativa in materia, pur oscillante, non ha mancato di confermare a più riprese un atteggiamento tendenzialmente formalistico, talora finanche a discapito delle possibilità di scelta dell'amministrazione appaltante²⁵².

È il caso, ad esempio, dell'orientamento secondo cui è ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che abbia ommesso di controfirmare il capitolato speciale in ogni sua pagina, come richiesto dal bando, pur avendo presentato una dichiarazione contenente l'accettazione delle clausole del capitolato stesso, in quanto la dichiarazione di accettazione ha mera natura complementare, e non sostitutiva, rispetto alla necessità di produrre il capitolato controfirmato in ogni pagina: detta prescrizione non costituirebbe un mero aggravio formale, ma assumerebbe un contenuto sostanziale, in quanto tale adempimento, alla stregua di un vero e proprio atto negoziale, avrebbe lo scopo di garantire la stazione appaltante in ordine alla piena accettazione di tutte le clausole²⁵³.

La *ratio* di tale orientamento (e, più in generale, di tutte quelle pronunce tendenzialmente formalistiche) risiede nell'esigenza di evitare che l'eventuale mancata applicazione del bando si traduca in una lesione della *par condicio* tra i concorrenti.

Si afferma, infatti, che il bando di gara pubblica, in quanto *lex specialis*, vincola non solo i concorrenti ma la stessa amministrazione, che non può pertanto esimersi dall'osservarlo una volta che sia stato emanato, e ciò al fine

²⁵¹ Sul punto, cfr. R. CARANTA, cit., p. 422.

²⁵² Ibidem.

²⁵³ Cfr. Cons. St., sez. V, 25 maggio 2011, n. 3132. Sul punto, si rinvia a R. CARANTA, cit., p. 423.

di garantire la *par condicio* di tutti i concorrenti, con esclusione quindi di qualsiasi discrezionalità in ordine all'applicazione delle singole clausole dello stesso²⁵⁴.

Del resto, un'interpretazione siffatta, seppur senz'altro formalistica, discende dal carattere stesso di *lex specialis*, pacificamente attribuito al bando di gara, in ossequio ad un principio di legalità (*dura lex, sed lex*²⁵⁵), nonché di certezza del diritto.

Si parla, sul punto, di bando quale autovincolo, in quanto *lex specialis*, per la pubblica amministrazione²⁵⁶.

Ciò vale tanto più in relazione a quelle clausole univoche che prevedono espressamente l'esclusione in caso di loro mancato rispetto²⁵⁷.

Viceversa, sono da ritenersi illegittime quelle clausole non univoche che prevedano ulteriori oneri formali in capo al partecipante, in quanto contrarie al diritto UE (cfr. art. 38 dir. 2004/18/CE).

²⁵⁴ TAR Basilicata, 22 gennaio 2012, n. 12, cit. in R. CARANTA, cit., p. 423.

²⁵⁵ Secondo Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357, cit. in R. CARANTA, cit., p. 424, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento; pertanto, qualora il bando commini espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, la pubblica amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, senza possibilità di valutazione discrezionale sulla rilevanza dell'inadempimento, con la conseguenza che ove il bando preveda l'esclusione quale sanzione dell'inosservanza sulle modalità di presentazione della busta contenente il prezzo proposto per l'acquisto dell'immobile messo all'asta, è dovuta l'esclusione dalla procedura.

²⁵⁶ Cons. St., sez. V, 10 marzo 1999, n. 228.

²⁵⁷ In tali ipotesi, il Consiglio di Stato ha confermato l'esclusione dalla gara di un'offerta pervenuta in un plico non riportante sull'esterno l'indicazione della licitazione di riferimento e la ragione sociale dell'impresa pur richiesta dal bando, sulla premessa che è legittima l'esclusione da una licitazione privata dell'offerta la quale non rispetti le prescrizioni di una clausola del bando di gara, previste a pena di esclusione, in quanto soltanto nel caso in cui sussista un'effettiva incertezza tra diverse interpretazioni del bando, si applica quella che conduce alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, mentre se l'amministrazione ha definito in modo puntuale le formalità e le modalità a cui le imprese devono conformarsi nel formulare le offerte, non è consentita un'interpretazione non letterale delle clausole (Cons. St., sez. IV, 28 agosto 2011, n. 4572). Sul punto si rinvia a R. CARANTA, cit., p. 425. La giurisprudenza afferma che l'univocità delle clausole del bando di gara che prevedono cause di esclusione deve essere valutata non solo sulla base del loro tenore letterale, ma anche con riferimento al sistema delle clausole connesse dirette a disciplinare l'adempimento considerato (cfr. Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866 cit. in R. CARANTA, cit., p. 429).

La sanzione di illegittimità discende, per orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa²⁵⁸, dall'impugnazione del bando contenente clausole siffatto o dall'annullamento delle stesse in via di autotutela, ostando la *lex specialis*, per i motivi già visti *supra*, alla disapplicazione per contrasto con il diritto UE (soluzione, invece, indicata dalla giurisprudenza comunitaria²⁵⁹).

Qualora, invece, manchi una chiara comminatoria di esclusione, prevale il *favor participationis*²⁶⁰; conseguentemente, si ribadisce che l'esclusione dalla gara per cause non espressamente previste dalla *lex specialis* della procedura può avvenire solo per la violazione di clausole che corrispondono ad un interesse sostanziale della pubblica amministrazione appaltante, essenziali per il proficuo svolgimento della gara ed alla garanzia della parità di trattamento delle imprese partecipanti²⁶¹.

Pertanto, tra più possibili interpretazioni delle clausole del bando, è da preferire sempre quella che conduce alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire una selezione più accurata in un ventaglio più ampio di offerte; tale possibilità, tuttavia, è aperta soltanto qualora sussista una effettiva incertezza interpretativa e non quando la *lex specialis* della gara sia univoca nel richiedere un certo adempimento, pena l'esclusione²⁶².

²⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 22 marzo 2010, n. 1652; Cons. St., sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5095; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1599.

²⁵⁹ Cfr. CGCE, 22 giugno 1989, C-103/88; CGCE 27 febbraio 2003, C-327/00.

²⁶⁰ R. CARANTA, cit., p. 428.

²⁶¹ Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2830. Si vedano anche, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 21 aprile 2006, n. 2260; Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; Cons. St., sez. V, 6 giugno 2002, n. 3182; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2002, n. 226; Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2003, n. 253 relativa ad un caso in cui il bando di gara prevedeva la sanzione dell'esclusione per l'omessa produzione, unitamente all'offerta, del certificate della cancelleria del tribunale o della Camera di commercio, relativo all'assenza di procedure concorsuali a carico del concorrente e non prevedeva, invece, alcuna sanzione per il caso di un'attestazione incomplete, in quanto non perfettamente corrispondente a quella del bando: si è ritenuto che la stazione appaltante potesse chiedere all'impresa di completare la documentazione presentata o di fornire i necessari chiarimenti a riprova del possesso del requisito prescritto, senza che l'esercizio di tale facoltà costituisse violazione della regola di gara e della parità di condizioni tra i partecipanti.

²⁶² R. CARANTA, cit., p. 430. Si vedano, sul punto, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 1998, n. 1619.

Le recenti modifiche del codice dei contratti pubblici, disposte con d.l. n. 70/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2011, hanno introdotto un principio di tassatività delle cause di esclusione (cfr. art. 38, co. 2²⁶³; art. 46, co. 1-bis²⁶⁴), attenuando, così, i formalismi che avevano tradizionalmente contraddistinto la materia.

In particolare, il nuovo comma 2-bis dell'art. 38 c.c.p., introdotto con d.l. n. 90/2014, convertito dalla l. n. 114/2014, prevede a carico del concorrente una sanzione pecuniaria in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale «degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive presentate», e la successiva possibilità di integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie,

²⁶³ «Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48 bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili. Ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto-legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266; i soggetti di cui all'articolo 47, comma 1, dimostrano, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Ai fini del comma 1, lettera m-quater), il concorrente allega, alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile rispetto ad alcun soggetto, e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile, e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica».

²⁶⁴ «La stazione appaltante esclude i candidati o in concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

indicandone il contenuto e i soggetti, entro un termine massimo di dieci giorni, assegnato dalla stazione appaltante, decorso il quale il concorrente viene escluso dalla gara.

Nei casi di “irregolarità non essenziali”, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni “non indispensabili”, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione e non applica alcuna sanzione (cfr. co. 2-bis cit.).

La disposizione, invero, non chiarisce la portata semantica dell’attributo “essenziali”, lasciando, di fatto, un ambito discrezionale di notevole ampiezza in capo alla stazione appaltante, che dispone della facoltà di consentire la regolarizzazione della documentazione in luogo dell’esclusione della gara²⁶⁵.

Strettamente correlato al tema dei requisiti di partecipazione è la questione del cd. “soccorso istruttorio” di cui all’art. 46 c.c.p. novellato, in base al quale le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati nei limiti previsti dagli artt. 38-45 c.c.p., sul possesso di requisiti di carattere generale e requisiti specifici (requisiti morali²⁶⁶ e di idoneità professionale, qualificazione per eseguire lavori pubblici, capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, garanzia della qualità, gestione ambientale ed elenchi ufficiali di fornitori o prestatori di servizi).

Sul punto, l’allora AVCP ha chiarito che la cd. regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o

²⁶⁵ Cfr. S. FOÀ, *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2014, p. 1148.

²⁶⁶ Cons. St., Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23 ha statuito che «l’art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 (c.d. codice dei contratti), laddove stabilisce che l’accertamento dei requisiti di moralità necessari per la partecipazione alle pubbliche gare deve essere svolto – in particolare – nei confronti “degli amministratori muniti del potere di rappresentanza o del direttore tecnico” deve essere interpretato, almeno in via di principio, nel senso di non consentire una lettura sostanzialistica, tale da imporre il richiamato onere dichiarativo anche a soggetti – quali i procuratori speciali – non richiamati in modo espresso dalla richiamata disposizione, in tal modo violando il principio di tipicità delle ipotesi di esclusione dalle pubbliche gare». Per un commento della pronuncia, si veda C. CONTESSA, *La tipicità delle clausole escludenti negli appalti: la Plenaria alla ricerca di equilibri*, in *Giur. it.*, 5/2014, pp. 1187 ss.

dell'offerta e non deve essere consentita nell'ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente, si realizzerebbe un'alterazione degli elementi essenziali dell'offerta, che devono essere sempre presenti *ab origine*, ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell'offerta stessa²⁶⁷.

Alla luce di quanto sopra riportato, è opportuno distinguere la regolarizzazione, così come descritta, dall'integrazione documentale, che presuppone, invece, delle lacune da parte del concorrente.

Secondo la giurisprudenza prevalente, soltanto la richiesta di regolarizzazione sarebbe conforme al principio di parità di trattamento e di auto-responsabilità degli operatori economici e sarebbe, pertanto, soltanto essa conforme alla lettera dell'art. 46 c.c.p.²⁶⁸, residuando un margine solo per un completamento o una chiarificazione dei documenti già presentati.

Il dovere di soccorso istruttorio a fronte di omissioni documentali potrebbe configurarsi solo in casi eccezionali, come quello in cui l'omissione sia ingenerata da un comportamento della stessa stazione appaltante che sia ambigua nel formulare la legge di gara o che comunque non espliciti con sufficiente chiarezza quali adempimenti formali siano necessari per l'ammissione alla procedura²⁶⁹.

²⁶⁷ AVCP, determinazione n. 4/2012.

²⁶⁸ Si vedano, in particolare, Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78; Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2011, n. 6569; Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471, cit. in S. FOÀ, cit., p. 1149.

²⁶⁹ Si vedano, in particolare, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507; Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 78; Cons. St., sez. III, 14 novembre 2012, n. 5758; Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155. *Contra*, nel senso di un orientamento restrittivo all'esercizio del potere di soccorso istruttorio, cfr. Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 234, secondo cui «è legittimo il provvedimento con il quale è stata esclusa da una gara d'appalto una ditta che non ha prodotto, a corredo dell'offerta la relazione tecnica – richiesta dalla *lex specialis* – in cui dettagliare le migliori proposte rispetto al progetto posto a base della gara. Tale provvedimento di esclusione, infatti, non contrasta con il principio di tassatività delle cause di esclusione *ex art. 46*, comma primo bis, del d.lgs. 163 del 2006 e del presupposto principio di proporzionalità, atteso che le modalità di presentazione dell'offerta e delle proposte modifiche migliorative non costituiscono formalità inutili, ma costituiscono la "camicia" predisposta "a priori" per prevenire gli equivoci interpretativi che possono verificarsi tanto in sede di valutazione delle offerte, quanto in sede di esecuzione del contratto». Per un commento di tale pronuncia, si veda F. RISSIO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, pp. 2528.

12. Il bando di gara, malgrado le eccezioni descritte che troppo spesso si registrano nella prassi, dovrebbe costituire uno degli ambiti di elezione del principio di trasparenza nel nostro ordinamento, posto che deve dettare regole chiare ed intellegibili e, al tempo stesso, risultare quanto più possibile accessibile in termini di sua effettiva conoscibilità.

Il tema involge, dunque, un duplice assetto di profili: il primo, anteriore sul piano logico, attiene alle modalità di pubblicazione del bando (cd. pubblicità-notizia, cfr. cap. I) e deve conseguire il risultato della più ampia partecipazione alla gara; il secondo, invece, attiene ai profili intrinseci della *lex specialis* e nondimeno deve fornire garanzie in ordine alla chiarezza, imparzialità, legalità delle disposizioni ivi dettate.

Stanti le condizioni descritte, sono evidenti le implicazioni che, in tema di bandi di gara, il principio di trasparenza assume rispetto alla tutela del mercato, rivelandosi il primo, anzi, del tutto servente e funzionale a consentire il rispetto delle prescrizioni imposte dal diritto comunitario, che ha introdotto il principio di concorrenza, con evidenti benefici in capo alla stazione appaltante e, soprattutto, alla comunità dei cittadini-utenti.

In altri termini, la trasparenza, proprio con riferimento ai bandi di gara, evidenzia tutte le proprie potenzialità di principio non già fine a sé stesso, bensì intimamente collegato ad altri principi e valori di rango costituzionale, rivelando, nella fattispecie, il proprio carattere di propulsore di benessere (*favor participationis*) e di fruizione diffusa di diritti per la collettività (in termini di qualità e costi dei servizi).

CAPITOLO TERZO

L'IMPUGNAZIONE DEI BANDI DI GARA

Sommario: 1. L'autotutela sugli atti dell'evidenza pubblica. – 2. Legittimo affidamento e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. – 3. Impugnazione differita del bando e ipotesi di impugnazione immediata. – 3.1. *segue*. Ad. Plen., n. 1/2003 e sviluppi successivi. – 4. L'impugnabilità del bando da parte di soggetti non partecipanti alla gara. – 5. Conclusioni.

1. Gli atti dell'evidenza pubblica osservati nei capitoli precedenti sono suscettibili di riesame in autotutela da parte dell'amministrazione, conformemente al disposto del capo IV-bis della l. n. 241/1990, rubricato "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso".

Tali previsioni sono poste a cautela dell'interesse pubblico sotteso alle procedure ad evidenza pubblica, in ossequio al principio generale dell'inesauribilità del potere amministrativo, da intendersi quale sopravvivenza di quest'ultimo al singolo episodio di esercizio, con possibilità, in taluni casi, di una seconda occasione di scrutinio²⁷⁰.

Naturalmente, tale principio si rivela coerente con i principi di buon andamento e imparzialità espressamente previsti dall'art. 97 Cost. e osservati nei capitoli precedenti.

L'annullamento d'ufficio e la revoca può riguardare tutti gli atti dell'evidenza pubblica, compresa l'aggiudicazione²⁷¹, che ai sensi del settimo comma dell'art. 11 c.c.p., «non equivale ad accettazione dell'offerta», diversamente da quanto previsto nella disciplina previgente (art. 16, r.d. n. 2440/1923)²⁷².

²⁷⁰ F. GAMBARDELLA, cit., p. 83.

²⁷¹ Sul punto, si vedano Cons. St., sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; TAR Campania – Napoli, sez. VIII, 9 febbraio 2011, n. 764; Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11.

²⁷² F. GAMBARDELLA, cit., p. 84.

In tali ipotesi, tuttavia, laddove, ad esempio, l'amministrazione operi talune modifiche sostanziali del bando già pubblicato, deve ritenersi che l'avviso della parziale rettifica dello stesso e la conseguente riapertura dei termini abbiano il carattere di vera e propria rinnovazione della *lex specialis*, con obbligo di rispetto del termine minimo di cui all'art. 70 c.c.p.²⁷³ per la ricezione delle offerte²⁷⁴.

Nell'esempio illustrato, difatti, la giurisprudenza ha ritenuto di dover contemperare l'interesse generale ad una revisione degli atti dell'evidenza pubblica con la tutela della concorrenza e, segnatamente, dei candidati alla procedura (destinatari e controinteressati).

Ed invero, l'art. 21-nonies l. n. 241/1990, introdotto ad opera della l. n. 15/2005, prevede la possibilità dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-octies l. cit.²⁷⁵, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e «tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati».

Si tratta di un interesse pubblico, quello di cui all'art. 21-nonies cit., figlio della relazione con le posizioni dei terzi e dei destinatari del provvedimento di autotutela e, come tale, insuscettibile di alcuna definizione a priori, ma piuttosto frutto di delicate operazioni di bilanciamento delle contrapposte esigenze e posizioni giuridiche in gioco²⁷⁶.

Il riferimento al “termine ragionevole” come limite temporale per l'esercizio del potere di riesame prospetta il tema della tutela dell'affidamento

²⁷³ «Nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a cinquantadue giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara» (co. 2).

²⁷⁴ Cfr. TAR Campania – Napoli, sez. V, 16 marzo 2006, n. 3029; TAR Calabria – Reggio Calabria, sez. I, 2 luglio 2010, n. 682; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2009, n. 5038; TAR Liguria – Genova, sez. I, 4 giugno 2008, n. 1220.

²⁷⁵ «E' annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

²⁷⁶ F. GAMBARELLA, cit., p. 91.

del destinatario in buona fede del provvedimento favorevole, ossia delle aspettative da questi riposte sulla legittimità dell'atto poi revocato²⁷⁷.

Si tratta, pur sempre, di una circostanza (la buona fede) non particolarmente semplice da provare: si fa riferimento, in materia, all'assenza di cause di esclusione della buona fede, intesa come estraneità alla produzione dell'illegittimità dell'atto e ignoranza della stessa (anche in conformità con il parametro offerto dall'art. 1338 c.c., in tema di conoscenza delle cause di invalidità)²⁷⁸.

Coerente con tale ricostruzione è, anche, un certo orientamento della giurisprudenza amministrativa, contraria al riconoscimento della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante (argomento sul quale si tornerà *infra*) nell'ipotesi in cui l'operatore economico fosse a conoscenza di elementi che avrebbero poi condotto alla revoca degli atti di gara²⁷⁹.

Uno degli strumenti maggiormente efficaci individuato dal legislatore consiste nell'obbligo di indennizzo ai sensi dell'art. 21-quinquies l. n. 241/1990²⁸⁰.

Ai sensi di tale disposizione, «se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo» (cfr. co. 1, ultimo periodo).

È evidente che i requisiti fissati dall'art. 21-nonies cit. mirano a limitare il ricorso allo strumento dell'annullamento d'ufficio, posto che hanno riguardo (anche) al valore della stabilità dell'assetto di interessi regolato dall'atto amministrativo così come originariamente adottato.

²⁷⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005, p. 855 parla sul punto di «fiducia nella certezza, salvo sopravvenienze, delle situazioni giuridiche costituite dall'amministrazione».

²⁷⁸ *Ivi*, p. 854.

²⁷⁹ TAR Lazio – Roma, sez. III, 22 giugno 2009, n. 5986; Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 780.

²⁸⁰ Anche tale articolo, alla stessa stregua dell'art. 21-nonies sopra richiamato, è stato introdotto con la l. n. 15/2005.

2. Strettamente legato al tema del legittimo affidamento del destinatario in buona fede del provvedimento favorevole è il tema della configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione scaturente dalla delusione di tale affidamento.

Si tratta di un tema particolarmente complesso, nel quale vengono in rilievo istituti di natura civilistica (la responsabilità precontrattuale, appunto, ai sensi degli artt. 1337-1338 c.c.) da coniugare a fattispecie tipicamente pubblicistiche (gli atti di evidenza pubblica).

In particolare, ai sensi dell'art. 1337 c.c., «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

È un'operazione, evidentemente, non così immediata, come si è già osservato *supra* a proposito della natura giuridica dei bandi di gara, nella quale non appare sempre agevole stabilire un parallelo tra procedimento amministrativo e disciplina civilistica.

È il caso, ad esempio, delle trattative di cui all'art. 1337 c.c., che, in rapporto agli atti dell'evidenza pubblica, non sono certamente configurabili alla stessa stregua dei rapporti interprivati.

Proprio il fatto che, nelle fattispecie che qui interessano, non vi siano delle trattative in senso stretto o, perlomeno, nel senso inteso dal diritto privato aveva costituito, nella giurisprudenza risalente²⁸¹, il principale argomento per escludere la sussistenza in capo all'amministrazione di una responsabilità precontrattuale per delusione dell'affidamento.

Tale orientamento trae origine dalla circostanza che, nel caso di specie, le parti contrattuali non si trovano in posizione di parità, stanti i rilevanti poteri discrezionali di valutazione nella disponibilità delle pubbliche amministrazioni, nonché la non identificazione della fase dell'aggiudicazione (e di quelle ad essa precedenti) con le trattative di cui all'art. 1337 c.c.²⁸².

²⁸¹ Si vedano, ad es., Cass., 12 luglio 1961, n. 1675; Cass., 23 gennaio 1967, n. 200.

²⁸² Cfr. S. ANTONIAZZI, *Contratti ad evidenza pubblica e responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la recente evoluzione positiva*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2004, p. 64.

Il punto di cesura con il nuovo orientamento giurisprudenziale²⁸³, favorevole alla configurabilità della responsabilità precontrattuale, è costituito dalla celeberrima sentenza n. 500/1999 della Cassazione a Sezioni Unite, cui si deve il superamento dell'equazione diritto soggettivo - risarcimento²⁸⁴.

Si è potuto, pertanto, finalmente costruire la posizione giuridica dell'amministrazione nei confronti del destinatario in buona fede del provvedimento favorevole in termini di responsabilità precontrattuale, costituendo la *lex specialis* della gara una garanzia di certezza (*rectius*, di affidamento) per il concorrente/contraente²⁸⁵.

Sul paradigma degli artt. 1337-1338 c.c., dunque, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di elaborare i profili della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione²⁸⁶, segnatamente sui presupposti della mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all'aggiudicazione e della non tempestiva comunicazione della revoca dell'aggiudicazione, portata a conoscenza dell'impresa a ragguardevole distanza dalla rimozione, aggravando, in tal modo, la delusione dell'affidamento²⁸⁷.

È importante osservare che il tema della responsabilità precontrattuale fa riferimento a comportamenti illeciti da parte dell'amministrazione (avuto riguardo ai canoni della buona fede e correttezza di cui al combinato disposto degli artt. 1337 e 1338 c.c.), che costituiscono, di per sé stessi, un elemento del tutto distinto rispetto all'illegittimità dell'atto amministrativo²⁸⁸.

Tuttavia, anche visto il carattere *sui generis* rivestito dai contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione non ha trovato certo nella ricostruzione giurisprudenziale un'applicazione immediata o automatica.

²⁸³ Si veda, ad es., Cass., 18 giugno 2005, n. 13164.

²⁸⁴ F. GAMBARDELLA, cit., p. 102.

²⁸⁵ Cfr. S. ANTONIAZZI, cit., p. 71.

²⁸⁶ Si vedano, *ex plurimis*, Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86; TAR Lazio – Roma, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6912; Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2009, n. 122.

²⁸⁷ Cfr. TAR Lazio – Roma, sez. II, 7 luglio 2009, n. 6527.

²⁸⁸ F. GAMBARDELLA, cit., p. 111.

Basti pensare, sul punto, a quelle decisioni dei giudici che sottolineano la mancanza della *culpa in contrahendo* nella condotta della stazione appaltante che proceda alla revoca della gara prima dell'aggiudicazione, nel caso in cui nel bando siano presenti clausole che attribuiscono all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse relative alle mutate esigenze e a variati obiettivi perseguiti²⁸⁹, ovvero, in presenza di una sola offerta, l'alternativa facoltà di aggiudicare o di revocare la procedura²⁹⁰.

Ed invero, argomentando *a contrario*, si può sostenere che nelle ipotesi illustrate non risultava sussistente il requisito di cui all'art. 1338 c.c., essendo stato messo il contraente privato nelle condizioni di conoscere la causa di invalidità (*rectius*, la possibile revoca successiva) del contratto.

Per quanto attiene, poi, al tema della quantificazione del danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, la giurisprudenza lo ritiene misurabile nel cd. interesse contrattuale negativo, inteso sotto il duplice profilo del danno emergente e del lucro cessante.

Il primo consiste nelle spese sostenute per la partecipazione alla procedura e in previsione della conclusione del contratto²⁹¹, mentre il secondo, di maggiore complessità sul piano probatorio, corrisponde alla perdita di *chance* di guadagno alternative.

Risulta maggiormente problematico individuare il parametro normativo in base al quale misurare quest'ultimo profilo, atteso che finanche la normativa interna di recepimento della disciplina comunitaria sugli appalti considera prioritaria la prospettiva della correzione delle operazioni di gara (tutela restitutoria) e meramente residuale la tecnica del risarcimento del danno per equivalente (tutela risarcitoria)²⁹².

²⁸⁹ Cons. St., sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245, cit. in F. GAMBARDELLA, cit., p. 117.

²⁹⁰ TAR Trentino Alto Adige, sez. I, 30 luglio 2009, n. 228; TAR Sicilia – Catania, sez. II, 4 luglio 2012, n. 1656.

²⁹¹ Si veda, *ex multis*, Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313.

²⁹² F. GAMBARDELLA, cit., p. 120.

Infine, resta da affrontare la questione della necessità (o meno) per l'amministrazione aggiudicatrice di avvisare, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990 (comunicazione di avvio del procedimento), i concorrenti dell'intenzione di attivarsi in autotutela con riguardo a una procedura di scelta del contraente da ritenersi giuridicamente non perfezionata.

La giurisprudenza non è pacifica nel ritenere sempre sussistente tale obbligo di comunicazione, declinandolo piuttosto in ragione dello stato del procedimento di evidenza pubblica nel quale si va ad inserire la dinamica del riesame²⁹³.

In altri termini, la comunicazione di avvio del procedimento viene costruita in termini di necessità solo con riferimento ad aggiudicazioni definitive, escludendo, pertanto, gli stadi precedenti e le ipotesi diverse (presentazione delle offerte, determinazioni di ammissione e di esclusione dalla gara²⁹⁴, aggiudicazione provvisoria²⁹⁵).

La dottrina ha, invece, criticato la declinazione che la giurisprudenza amministrativa ha dato della necessità della comunicazione di avvio del procedimento in materia, tenuto conto della posizione qualificata dei partecipanti alla gara, nonché in funzione della miglior cura del pubblico interesse coinvolto nella singola vicenda di esercizio del potere da parte dell'amministrazione aggiudicatrice²⁹⁶.

3. Diverso dal tema dell'autotutela è il tema dell'impugnazione del bando di gara, anch'esso, comunque, riferibile al *genus* dei rimedi.

Si tratta, tuttavia, com'è evidente, di un rimedio rimesso ad autorità diversa da quella che ha adottato il bando, ossia all'autorità giurisdizionale e, segnatamente, al giudice amministrativo.

²⁹³ Ivi, p. 123.

²⁹⁴ Si veda, sul punto, TAR Sicilia – Catania, sez. I, 2 luglio 2011, n. 1650; Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360.

²⁹⁵ Cfr. TAR Sicilia – Catania, sez. I, 18 novembre 2011, n. 2715; TAR Campania – Salerno, sez. II, 28 giugno 2011, n. 1214; TAR Sardegna – Cagliari, sez. I, 12 giugno 2009, n. 976.

²⁹⁶ Si vedano, sul punto, F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, p. 29; F. GAMBARDELLA, cit., p. 129.

La peculiare natura del bando quale atto endoprocedimentale (sulla quale si rinvia al capitolo precedente) rende il ricorso al giudice amministrativo in relazione al bando di gara uno strumento solo eccezionale.

Difatti, secondo una visione tradizionale, il bando di gara non sarebbe impugnabile in via autonoma e immediata, ma soltanto unitamente all'atto conclusivo dell'*iter* di gara, quindi unitamente al provvedimento di aggiudicazione²⁹⁷, non rivestendo esso un carattere risolutivo del procedimento.

Tuttavia, può ben avvenire che il bando di gara ponga già delle clausole suscettibili di determinare un'immediata lesione della sfera giuridica dei partecipanti e, pertanto, si renda necessario procedere ad una sua impugnazione in via diretta.

Si parla, sul punto, di onere di immediata impugnazione del bando in capo al concorrente.

Solo attraverso l'evoluzione della giurisprudenza è stato possibile enucleare delle ipotesi di immediata impugnazione del bando ed affermare, conseguentemente, un principio scaturente dalle fattispecie qualificate.

Una prima ipotesi rilevante in materia è rappresentata dalle clausole del bando riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura selettiva, in quanto immediatamente lesive: è il caso di quelle clausole la cui applicazione determina con certezza l'esclusione del concorrente, configurandosi rispetto ad esse il provvedimento di esclusione come atto meramente consequenziale e totalmente vincolato²⁹⁸.

Successivamente, sono state ulteriori eccezioni alla regola dell'impugnazione differita (traslata, cioè, a valle del provvedimento di aggiudicazione): si pensi alle cd. clausole assolutamente irragionevoli e tali da condizionare le imprese nella predisposizione dell'offerta economica, incidendo negativamente sul calcolo di

²⁹⁷ Cfr. F. GAMBARDELLA, cit., p. 133.

²⁹⁸ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 1; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1380; TAR Calabria – Catanzaro, sez. II, 22 giugno 2012, n. 654; TAR Puglia – Bari, sez. I, 4 aprile 2012, n. 661; TAR Lazio – Roma, sez. III, 14 gennaio 2012, n. 354; TAR Puglia – Bari, sez. I, 11 maggio 2011, n. 691; TAR Calabria – Catanzaro, sez. II, 14 gennaio 2011, n. 59.

convenienza economica alla base della decisione dell'operatore economico sull'opportunità o meno di partecipare alla procedura selettiva²⁹⁹.

In questi casi la lesività del bando è in sé, al di là del successivo provvedimento di aggiudicazione, il che giustifica, evidentemente, l'anticipazione dell'impugnazione.

Altra ipotesi individuata dalla giurisprudenza è quella delle prescrizioni del bando che dovessero prevedere oneri formali e oggettivi di partecipazione sproporzionati rispetto alla finalità selettiva della gara³⁰⁰.

Il comune denominatore delle ipotesi richiamate è quello di garantire la concorrenzialità delle procedure, nell'interesse dei partecipanti, nonché dell'amministrazione stessa, al fine di individuare, per il tramite dell'evidenza pubblica, la migliore prestazione sotto il profilo della cura dell'interesse pubblico sotteso alla procedura competitiva³⁰¹.

Tuttavia, al fine di evitare la tendenza inversa rispetto al tradizionale principio dell'impugnazione differita, vale a dire un'indiscriminata proliferazione di ipotesi di impugnazione immediata del bando, la giurisprudenza più recente ha tipizzato i requisiti per la sua ammissibilità.

In particolare, l'onere di immediata impugnazione non può essere valutato in astratto, ma riscontrato in concreto in relazione ai seguenti profili: a) il contenuto della clausola del bando sospetta di illegittimità; b) il tipo di vizio dedotto dalla parte ricorrente; c) l'interesse concretamente manifestato dall'impresa; d) l'attitudine della partecipazione alla procedura selettiva a manifestare univocamente l'acquiescenza alle regole della gara; e) l'influenza della regola fissata sul bando sui comportamenti dei concorrenti e sulla condotta della stazione appaltante; f) l'incidenza della clausola sullo svolgimento concreto della gara e sui suoi esiti³⁰².

²⁹⁹ Cons. St., sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187; Cons. St., sez. V, 14 maggio 2001, n. 2645; TAR Veneto – Venezia, sez. I, 27 novembre 2002, n. 6426.

³⁰⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998, n. 225.

³⁰¹ F. GAMBARDELLA, cit., p. 136.

³⁰² Si veda Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626, cit. in F. GAMBARDELLA, cit., p. 141.

3.1. Una pronuncia storica in merito è stata la n. 1/2003 resa dall'Adunanza Plenaria, con la quale si è, da un lato, arginata la tendenza ad applicare estensivamente le eccezioni al principio dell'impugnazione differita (recuperando, in parte, l'orientamento tradizionale) e, dall'altro, si è fissato, con una certa precisione, il requisito per procedere all'impugnazione immediata del bando.

L'Adunanza ha rilevato che l'onere di impugnazione immediata vada di regola riferito alle clausole riguardanti i soli requisiti soggettivi di partecipazione, con ulteriori concessioni soltanto in ordine ai casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione appaiano «manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale».

Il criterio individuato, dunque, risponde alla *ratio* di limitare l'impugnazione immediata alle sole ipotesi nelle quali le clausole precludano la partecipazione dell'interessato alla gara, escludendola, invece, per le fattispecie nelle quali l'effetto lesivo diviene apprezzabile solo ad aggiudicazione avvenuta, intorno all'interesse ad agire identificato nell'interesse sostanziale all'aggiudicazione³⁰³.

In altri termini, le clausole immediatamente impugnabili, perché l'impugnazione immediata sia validamente proposta, devono concretare una lesione immediata, diretta e attuale della posizione del concorrente in una fase anteriore all'aggiudicazione³⁰⁴.

La pronuncia richiamata si inseriva in un dibattito giurisprudenziale³⁰⁵ e

³⁰³ Cfr. F. GAMBARDELLA, cit., p. 143.

³⁰⁴ I criteri per identificare le clausole del bando immediatamente lesive sono l'attinenza di queste ai requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti alla procedura e il riferimento a situazioni preesistenti al bando, che, in quanto tali, sono indipendenti rispetto alle successive vicende della procedura e dei relativi adempimenti. Sul punto, cfr. G. CATALANO, *Onere di immediata impugnazione dei bandi di gara: la parola all'adunanza plenaria*, in www.nuovefrontieredeldiritto.it.

³⁰⁵ L'ordinanza di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria (Cons. St., sez. V, ord. 6 maggio 2002, n. 2406) sintetizzava così le diverse tesi in materia: «a) tesi tradizionale: l'impugnazione immediata del bando è circoscritta alle sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura selettiva; b) tesi della lesione necessariamente rinviata alla conclusione della procedura selettiva: il bando è impugnabile insieme all'atto concretamente lesivo (esclusione; aggiudicazione in favore di un altro concorrente); c) tesi della disapplicazione del bando contrastante con norme inderogabili, quanto meno nelle ipotesi in cui esse sono di derivazione comunitaria; d) tesi della necessaria impugnazione immediata di tutte le clausole del bando in quanto incidenti sulla definizione della *lex specialis* di gara; e) tesi che estende l'onere di impugnazione alle sole clausole vincolanti per l'amministrazione o per i concorrenti; f) tesi che amplia l'onere dell'immediata impugnazione alle sole clausole che definiscono gli oneri formali ed oggettivi di partecipazione (quali le modalità di

dottrinale vivace sin dal principio del secolo scorso, relativamente all'eterna questione dell'obbligo di impugnazione dei bandi di gara entro il termine decadenziale della loro pubblicazione ovvero dalla comunicazione dell'atto applicativo (vale a dire dall'esclusione della ditta concorrente ovvero dall'aggiudicazione ad altra partecipante alla gara)³⁰⁶.

Il principio affermato nell'orientamento tradizionale è quello secondo il quale le clausole illegittime del bando debbono essere impugnate congiuntamente al provvedimento di esclusione o comunque dannoso per il partecipante alla gara³⁰⁷. Tuttavia, l'aspirante partecipante alla gara dovrà tempestivamente impugnare quelle clausole non ambigue che gli impediscano la partecipazione³⁰⁸ e che siano immediatamente avvertibili come escludenti dalla procedura³⁰⁹.

È evidente che la seconda parte del richiamato principio pone dei problemi interpretativi, posto che i caratteri dell'ambiguità e della riconoscibilità non sono sempre di agevole e pacifica individuazione.

La tesi dell'impugnabilità delle clausole congiuntamente al provvedimento di esclusione tiene conto della natura generale ed astratta del bando sopra descritta, cui conseguirebbe, in linea di principio, una non immediata lesività dello stesso.

presentazione dell'offerta); g) tesi che estende l'onere di impugnazione alle sole prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica (fra cui quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia); h) tesi che impone l'onere di immediata impugnazione delle clausole riguardanti la composizione, il funzionamento del seggio di gara, in quanto incidenti sull'autonomo interesse del concorrente».

³⁰⁶ Sul punto, L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2003, p. 809.

³⁰⁷ Si vedano, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2002, n. 350; Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2001, n. 6018; Cons. St., sez. V, 15 novembre 2001, n. 5840; Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602; Cons. St., sez. IV, 12 ottobre 2001, n. 5356; Cons. St., sez. II, 7 febbraio 2001, n. 48; Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2000, n. 5328; Cons. St., sez. VI, 10 agosto 1999, n. 1020; Cons. St., sez. V, 14 luglio 1997, n. 821; Cons. St., sez. V, 29 gennaio 1999, n. 90.

³⁰⁸ Si è parlato, sul punto, addirittura di "divieto di partecipazione alla gara" (P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 756) il che non sembra del tutto condivisibile, posto che non è la partecipazione ad essere preclusa *tout court*, bensì, al limite, l'aggiudicazione e che può ben sussistere in capo al candidato anche un interesse all'utile collocamento in graduatoria, oltre all'interesse all'aggiudicazione in quanto tale. Sul punto, si rinvia a L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., p. 817. Ad. Plen., n. 1/2003 identifica l'interesse azionato non tanto con l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione quanto con quello ad una «pretesa autonoma alla legittimità delle regole e delle operazioni di gara, distinta dall'aspettativa all'aggiudicazione del contratto»; in altri termini, alla legittimità del comportamento dell'Amministrazione.

³⁰⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 6 marzo 2002, n. 1342.

Si stabilisce, in materia, un'intima relazione tra teoria dell'atto (ossia, considerazioni in ordine alla natura giuridica del bando) e teoria dell'azione (ossia, considerazioni in ordine all'interesse ad agire del concorrente)³¹⁰. L'Adunanza Plenaria ha fissato qui i criteri dell'attualità e della concretezza della lesione come parametri caratterizzanti l'interesse a ricorrere: nell'ipotesi, appunto, di lesione concreta ed attuale³¹¹, l'atto applicativo (recante l'esclusione del candidato) sarebbe null'altro che una dichiarazione confermativa di uno stato di cose già determinato dal bando di gara, il che, evidentemente, impone un'anticipazione dell'onere di impugnazione.

Tuttavia, tale regola generale, come osservato, ammette talune eccezioni³¹² in ragione di particolari fattispecie lesive degli interessi dei concorrenti³¹³.

³¹⁰ Cfr. L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., p. 827.

³¹¹ Contrapposta alla teoria della lesività e la cd. teoria del vantaggio, in ossequio alla quale l'interesse al ricorso viene identificato non già con la concretezza e attualità della lesione, bensì con il raggiungimento di una qualche utilità da parte del soggetto che instaura il giudizio, configurando, pertanto, l'interesse a ricorrere come il conseguimento di un utile risultato pratico e non già soltanto come interesse alla rimozione dell'atto (cfr. art. 100 c.p.c.). Sul punto, si vedano A.M. SANDULLI, *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 233; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, p. 448; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 335. In altri termini, argomentando ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., stanti le diverse utilità conseguibili mediante l'esperimento dell'azione in sede di giustizia amministrativa (oramai, non più limitate all'esclusivo annullamento dell'atto illegittimo, ma estese, ad esempio, all'accertamento del rapporto e alla condanna dell'amministrazione in forma specifica o per equivalente), possono configurarsi nuove dimensioni dell'interesse a ricorrere, mutuata dalla teoria processualciviltistica (si veda, su tutti, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1950). La questione involge, peraltro, il rapporto tra domanda di annullamento e di condanna, tradizionalmente risolto nei termini della pregiudizialità (poeriorità) della prima sulla seconda. È evidente che una simile ricostruzione, oggi, non possa più ritenersi soddisfacente, tenuto conto delle novità richiamate e della natura di giudizio sul rapporto (accanto a quella tradizionale di giudizio sull'atto) anche rivestita oggi dal giudizio amministrativo. Sul punto, cfr. L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., pp. 835 ss.

³¹² Tale orientamento è stato inaugurato da Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 261, secondo cui «in materia di procedure di aggiudicazione di servizi pubblici, i criteri da osservare ai fini della scelta del contraente, una volta inseriti nel bando di gara, vincolano l'amministrazione, che non può esimersi dal rispettarli, dovendo garantire la par condicio di tutti i concorrenti; ne consegue che le eventuali censure non possono essere mosse, attendendo che la gara sia conclusa sfavorevolmente, a carico dei provvedimenti che ne fanno puntuale applicazione, ma unicamente nei confronti dell'atto (bando di gara) immediatamente lesivo, in cui la regola è contenuta, e nel termine decadenziale».

³¹³ È il caso, ad es., dell'obbligo di impugnazione del bando nel termine decadenziale della sua pubblicazione, laddove lo stesso prevedesse un onere di produzione documentale a termini di decadenza (Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998, n. 225); un criterio matematico di attribuzione del punteggio in una gara di progettazione (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 1999, n. 1757); il funzionamento della commissione giudicatrice, con presenza della maggioranza e non del *plenum* dei componenti (Cons. St., sez. V, 22 marzo 1999, n. 302); la previsione dell'apertura del plico contenente l'offerta economica in seduta riservata (Cons. St., sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884); un errato criterio di calcolo della soglia di anomalia dell'offerta (Cons. St., sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990).

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria, lungi dal chiudere definitivamente le questioni legate all'impugnazione del bando di gara, va letta in collegamento con altre due pronunce di poco successive, inerenti al medesimo tema: si tratta di Cons. St., Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 6 e CGCE, 27 febbraio 2003, C-327/00.

In particolare, in base alla prima sentenza, l'azione di annullamento sarebbe pregiudiziale rispetto a quella risarcitoria in tutte le ipotesi in cui si verta di interessi legittimi (dunque, non in tutte le ipotesi); mentre in base alla seconda, la clausola che impedisce la partecipazione in contrasto con il diritto comunitario può essere disapplicata laddove l'amministrazione aggiudicatrice non abbia consentito all'aspirante concorrente di avvertirne il carattere escludente.

Dunque, sulla base delle tre sentenze (Ad. Plen., nn. 1/2003 e 4/2003; CGCE, C-327/00), può ricavarsi che il bando deve essere impugnato nel termine decadenziale³¹⁴ (onere di immediata impugnazione) solo *a*) laddove impedisca la partecipazione alla gara e *b*) non contrasti con il diritto comunitario (nel qual caso sarebbe suscettibile di essere disapplicato)³¹⁵.

Non mancano, tuttavia, nella dottrina, e in taluni orientamenti della giurisprudenza amministrativa di prime cure³¹⁶, ricostruzioni volte ad ampliare lo spettro di ipotesi di impugnazione immediata delineato da Ad. Plen., n. 1/2003.

Il parametro intorno al quale sono stati costruiti tali argomenti è quello dell'interesse ad agire, non più limitato all'aggiudicazione della contesa, ma anticipato, ad esempio, alla corretta formulazione dell'offerta o all'*an* della

³¹⁴ L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., pp. 852 ss. acutamente distingue decadenza dell'azione di annullamento da prescrizione degli altri rimedi esperibili, residuando, comunque, in capo al privato che sia incorso nella prima la possibilità di ottenere la disapplicazione del provvedimento, in coerenza con quanto prescritto dal diritto comunitario. L'Autore citato dà conto ivi di tesi meno estreme, che aprono la via all'azione risarcitoria pur in presenza dell'intervenuta decadenza (F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993).

³¹⁵ L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., p. 847.

³¹⁶ Cfr. TAR Umbria – Perugia, sez. I, 20 aprile 2012, n. 130.

partecipazione alla procedura³¹⁷, riaprendosi, così, almeno apparentemente, al profilo del calcolo della convenienza economica da parte dell'impresa in sede di formulazione dell'offerta, escluso dai giudici di Palazzo Spada.

Un possibile compromesso tra le due letture (principio dell'impugnazione differita e onere di immediata impugnazione) può essere costituito, in talune ipotesi, dalla lettura dell'impugnazione immediata non in termini di onere³¹⁸, bensì in termini di facoltà³¹⁹ (in ossequio, peraltro, al dettato costituzionale di cui agli artt. 24³²⁰ e 113), attese le lesioni della sfera giuridica dei concorrenti eventualmente realizzate in sede di bando.

³¹⁷ Sul punto, cfr. L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., p. 837; F. MARTINELLI, *L'Adunanza Plenaria interviene in materia di impugnazione dei bandi di gara*, in *Urb. e app.*, 5, 2003, p. 565.

³¹⁸ In ossequio all'orientamento contrario, che afferma la sussistenza di un preciso onere di impugnazione a pena di decadenza, si suole evidenziare, invece, la *ratio* di garantire un effetto deflattivo del contenzioso e scongiurare la litigiosità esasperata che si registra in materia. Tale orientamento trarrebbe spunto dalla lettera degli artt. 1337 e 1338 c.c. in tema di buona fede precontrattuale, nonché dal disposto dell'art. 243-bis, co. 1 c.c.p., ai sensi del quale «nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale».

³¹⁹ In ossequio a tale ricostruzione, coerente con il dettato dell'art. 24 Cost., si è esteso l'interesse ad agire al mero vantaggio conseguibile con la proposizione dell'impugnazione. Per una disamina sul punto, si rinvia a F. GAMBARELLA, cit., p. 153. La negazione dell'onere di immediata impugnazione, del resto, scongiura il rischio di una frammentazione dell'unico interesse protetto in una molteplicità di interessi diversi, ai quali verrebbe fornita tutela autonoma ed anticipata anche in situazioni nelle quali non è ancora certo se l'evento si verificherà. Cfr. G. CATALANO, cit.; S. BACCARINI, *Clause "non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 2002, pp. 400 ss.; R. VILLATA, *"Novità" in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 912 ss.

³²⁰ Tanto più che la tesi dell'onere di immediata impugnazione sembrerebbe ostare ad un pieno esercizio del diritto di azione, configurandosi, dunque, quale decadenza dalla possibilità di esercitare un diritto costituzionale, in ragione del quale le sentenze preliminari di rito (inammissibilità o improcedibilità del ricorso giurisdizionale) dovrebbero essere limitate a quelle sole ipotesi nelle quali possa ritenersi che venga ragionevolmente ad operare una sanzione imposta dalla necessità di temperare le esigenze di tutela manifestate da chi ricorre in sede giurisdizionale con altre, pur esse rilevanti, quali quelle sottese al principio dell'inoppugnabilità degli atti amministrativi e della certezza del diritto che la giustificano. Sul punto, cfr. D. VAIANO, *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004, pp. 696 ss. Per una critica della sanzione dell'improcedibilità nel sistema processuale amministrativo, si rinvia a V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, pp. 588 ss. Sui rapporti tra decadenze processuali ed effettività della tutela giurisdizionale, è opportuno richiamare la sentenza CGCE, 12 dicembre 2002, C-470/99, nella quale si è espressamente stabilito che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale che preveda un termine di decadenza per far valere situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto comunitario, a condizione che questo sia ragionevolmente giustificato e non metta in pericolo la possibilità di conseguire l'effetto utile delle normative comunitarie volte a garantire che le decisioni illegittime delle pubbliche amministrazioni siano soggette ad un giudizio di legittimità pertinente ed efficace. Sul punto, si veda D. VAIANO, cit., p. 725.

Ed invero, stante la più volte osservata natura del bando di atto ad efficacia generale a contenuto normativo, non sembra sempre pacifica la costruzione della lesione in termini di attualità (e di personalità), abbisognando il bando di un atto puntuale successivo che proceda all'identificazione del destinatario della lesione stessa³²¹.

Proprio alla luce di siffatta argomentazione, la tesi dell'onere di immediata impugnazione (a pena di decadenza) appare estremamente penalizzante per l'interessato, cui spetterebbe semmai una facoltà di impugnazione anticipata.

Proprio il paradigma offerto dall'art. 24 Cost. (in tema di diritto d'azione) consente di ridefinire i limiti dell'interesse a ricorrere in un'accezione meno formalistica rispetto ai richiamati indirizzi giurisprudenziali che costruiscono l'immediata impugnazione in termini di onere.

È il caso, soprattutto, di quelle decisioni che svincolano il dato dell'interesse a ricorrere dall'elemento della effettiva partecipazione alla gara³²², esonerando, in tal modo, l'interessato penalizzato dalla cd. "clausola escludente" dalla presentazione di una domanda inutile³²³, al solo scopo di

³²¹ Cfr. L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere*, cit., p. 861.

³²² Si veda, sul punto, Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2001, n. 6018, secondo cui «fermo il principio dell'immediata impugnabilità del bando di gara quando contenga prescrizioni preclusive della partecipazione di soggetti aventi in astratto titolo per parteciparvi, presupposto necessario per l'impugnazione è, comunque, che il soggetto che non è in possesso di quei requisiti abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di gara». Viceversa, il collegamento tra partecipazione alla gara e interesse a ricorrere consente di collocare il soggetto in una posizione differenziata rispetto al *quivis de populo*, avendo questi dimostrato in concreto di voler prendere parte alla gara, non essendo, del resto, sufficiente ai fini della proposizione di un ricorso giurisdizionale al G.A. un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. St., sez. IV, 23 dicembre 2002, n. 7277). Del resto, la ricostruzione dell'interesse a ricorrere in termini di interesse al conseguimento del bene della vita inciso dall'esercizio di un pubblico potere (e non più, dunque, quale mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa) si rivela coerente con le tecniche di tutela giurisdizionale oggi disponibili nell'ordinamento, non più limitate alla tradizionale azione di annullamento, ma funzionali alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale. Sul punto, si veda G. CATALANO, cit.

³²³ La posizione giuridica del soggetto che impugni in assenza della presentazione della domanda è, a ben vedere, identica a quella del soggetto che impugni una deliberazione attraverso la quale la pubblica amministrazione si determina ad addvenire alla stipulazione di un contratto individuando il proprio contraente mediante il metodo della cd. trattativa privata, stante il comune profilo di (in)differenziazione dei rispettivi interessi. La giurisprudenza, sul punto, si è evoluta rispetto alle iniziali posizioni formalistiche che ostavano alla proposizione del ricorso in assenza di un previo contatto con l'amministrazione (cfr. Cass., SS.UU., 28 settembre 1955, n. 2658; Cons. St., sez. IV, 26 ottobre 1971, n. 898; Cons. St., sez. V, 1° febbraio 1974, n. 67; Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 1978, n. 1227), sulla base del criterio del medesimo settore economico-produttivo di riferimento, ispirato alla promozione della concorrenza di derivazione comunitaria (cfr. Cons. St., sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079; Cons. St., sez. V, 22 marzo 1995, n. 454; Cons. St., sez. V, 26 giugno 1996, n. 792; Cons. St., sez. V, 20 agosto 1996, n. 937; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 125; Cons. St., sez. V, 31 dicembre 1998, n. 1996; Cons. St.,

precostituirsi la legittimazione ad agire³²⁴.

In quel caso, l'interesse a ricorrere in capo al soggetto che, in presenza di clausola escludente, non abbia presentato la domanda, risiede nell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, parimenti meritevole di tutela³²⁵ (con l'eccezione, evidentemente, delle azioni meramente emulative, dalle quali non scaturirebbe, comunque, alcuna *chance* di aggiudicazione in caso di rinnovazione della procedura³²⁶).

Naturalmente, tale considerazione è valida solo con riferimento a quelle clausole (illegittime) che frustrino *ex ante* la partecipazione di soggetti, che si vedrebbero certamente esclusi dalla gara per effetto delle stesse.

Dalla richiamata giurisprudenza si evincono, dunque, i seguenti corollari: a) di regola la lesione non si produce che con l'atto applicativo (di esclusione, di diniego di aggiudicazione); b) in via di eccezione la lesione si produce immediatamente per la presenza di clausole che precludono la partecipazione (ma in questi casi non è allora necessaria, oltre che in alcun modo utile, la partecipazione alla gara)³²⁷.

4. L'interesse ad agire, così come ricostruito nel paragrafo precedente, sembra non dare luogo a possibilità diverse dalla più volte richiamata dicotomia impugnazione differita (regola)/impugnazione immediata (eccezione), non offrendo, dunque, alcuno spazio d'azione ad altri soggetti rispetto ai partecipanti alla gara.

sez. VI, 15 novembre 1999, n. 1810; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079; Cons. St., sez. IV, 1° febbraio 2001, n. 399; Cons. St., sez. VI, 7 maggio 2001, n. 2541). Sulla questione, cfr. D. VAIANO, cit., p. 711. Quanto poi al profilo dell'*utilità* della domanda, si rileva che lo stesso va analizzato nella duplice dimensione dell'interesse sostanziale idoneo a fungere quale posizione legittimante all'azione giurisdizionale e dell'interesse meramente processuale ad ottenere un vantaggio concreto dalla relativa decisione, ovvero il conseguimento del bene della vita cui aspira (anche in termini di "utilità strumentale minima", Cons. St., sez. VI, 18 luglio 1995, n. 754). Sul punto, *ivi*, p. 713.

³²⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7055; Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2003, n. 794; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35.

³²⁵ Cfr. Cons. St., sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079; Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7055.

³²⁶ Sul punto, si rinvia a F. SAITTA, *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 537.

³²⁷ D. VAIANO, cit., p. 703.

Tuttavia, alla luce delle previsioni del bando, ben possono esservi soggetti, ai quali viene preclusa *ex ante* la partecipazione alla gara, ma che, tuttavia, non sono qualificabili come meri *quisque de populo*, privi dell'interesse qualificato ad agire *ex art.* 100 c.p.c., possedendo piuttosto una posizione del tutto differenziata, in ragione della specificità del caso.

Si pone, pertanto, il problema dell'impugnabilità del bando ad opera di soggetti non partecipanti alla gara.

Gli argomenti per poter aprire la legittimazione ad agire anche a soggetti diversi dai partecipanti alla procedura provengono dal diritto comunitario, il quale, come si è più volte avuto modo di ribadire, afferma il principio della concorrenza al massimo grado.

Proprio in sede comunitaria si è affermato l'indirizzo secondo cui, qualora un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza nel bando o nel disciplinare di gara di specifiche che asserisce discriminatorie e comunque ostacolanti la possibilità di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa conserva il diritto di presentare ricorso direttamente avverso tali specifiche, prima ancora che si concluda la procedura di aggiudicazione³²⁸.

Del resto, tale indirizzo è pienamente coerente con l'onere di immediata impugnazione di cui alla giurisprudenza nazionale relativo alle clausole riguardanti i requisiti soggettivi, costituendo, anzi, quasi una conseguenza logica di questo.

È evidente, tuttavia, che la legittimazione ad agire offerta a soggetti non partecipanti alla gara deve costituire, per sua stessa natura, una misura eccezionale rispetto alla regola, che rimane, evidentemente, quella dell'impugnazione differita condizionata al requisito della partecipazione alla gara³²⁹.

Una misura eccezionale, come detto, ma del tutto conforme allo spirito del più volte richiamato art. 24 Cost., tenuto conto che un'indiscriminata

³²⁸ CGCE, 12 febbraio 2004, n. 230, C-230/02.

³²⁹ Sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3422.

limitazione della legittimazione ad agire rappresenterebbe una compressione dei canoni costituzionali della difesa e del giusto processo³³⁰.

Il solo metro per poter misurare la latitudine di tale eccezione non può che essere costituito dalla valutazione del caso concreto, finalizzata alla verifica dei requisiti soggettivi dell'operatore economico interessato ad agire.

La giurisprudenza amministrativa ha parzialmente recepito tali orientamenti, a partire dall'Ad. Plen. n. 4/2011, nella quale sono state enucleate fattispecie nuove di impugnazione slegate dal dato della partecipazione alla procedura.

I giudici di Palazzo Spada hanno individuato le seguenti tre direttrici: a) la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; b) la legittimazione dell'operatore economico "di settore", che intende contestare un "affidamento diretto" o senza gara; c) la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione³³¹.

Si tratta di tre fattispecie che, perlomeno in astratto, appaiono legittimamente suscettibili di ampliare il novero delle ipotesi di impugnazione.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie indicata *sub* lettera b): in questo caso, l'eventuale affidamento diretto, operato in assenza di gara, abilita *ex se* il soggetto escluso (*rectius*, non partecipante) ad impugnare³³².

È questo forse il caso più emblematico nel quale la legittimazione ad agire appare come dato svincolato dalla partecipazione alla procedura, poiché la

³³⁰ Sul punto, cfr. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2011, p. 1353; ID., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2006, p. 499; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004; G. LEONE, *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2001, p. 645; E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2, 2000, p. 1061.

³³¹ Cfr. F. GAMBARDILLA, *cit.*, p. 162.

³³² Sul tema degli affidamenti diretti, l'Ad. Plen. cit. ribadisce il giudizio di "assoluto disvalore" espresso dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza, nonché la circostanza per cui, difettando una procedura selettiva, risulta tecnicamente impossibile collegare la legittimazione al ricorso alla partecipazione al procedimento.

procedura ad evidenza pubblica non è stata mai aperta o poiché la partecipazione ad essa è stata impedita in radice al soggetto interessato.

Si pensi, a questo proposito, all'estensione della legittimazione ad agire in capo alle ditte non invitate dalla pubblica amministrazione alla procedura e operanti nel medesimo settore oggetto dell'appalto, già apprezzata in risalenti pronunce della giurisprudenza amministrativa³³³.

È, altresì, evidente che il soggetto cui è stata inibita la partecipazione alla procedura è, comunque, astrattamente portatore di un interesse qualificato e differenziato ad agire.

Diverso è il caso del soggetto non partecipante alla gara, eppure titolare di un rapporto giuridico con l'amministrazione incompatibile con il nuovo affidamento: la particolare situazione giuridica da questo ricoperta lo pone in una posizione di interesse sostanziale, qualificato e differenziato, tale da legittimarlo ad agire³³⁴.

Va da sé, tuttavia, che al di là delle ipotesi illustrate, la giurisprudenza avverte la preoccupazione di evitare il rischio di azioni meramente emulative, in ossequio ai principi di correttezza, buona fede e leale collaborazione che debbono informare i rapporti tra amministrazioni e imprese.

5. Il tema dei rimedi offerti dall'ordinamento in ordine ai bandi di gara presenta un intenso collegamento con il dettato dell'art. 97 Cost., e con i corollari che da questo derivano.

In particolare, se è vero che l'autotutela può essere considerata quale misura di buona amministrazione, in ossequio ai principi di buon andamento (ed economicità-efficienza), traducendosi la stessa in un sostanziale riesame dell'atto adottato, l'impugnazione del bando, invece, costituisce una espressione del principio di trasparenza, così come enucleato dalla giurisprudenza e recepito dal legislatore.

³³³ Cons. St., sez. V, 22 marzo 1995, n. 454; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2000, n. 2079.

³³⁴ Si veda, sul punto, TAR Toscana – Firenze, sez. II, 11 aprile 2012, n. 700.

Ed invero, consentire alla parte interessata il ricorso allo strumento dell'impugnazione relativamente a bandi asseritamente illegittimi, in una prospettiva di effettività, significa, da un lato, dare piena attuazione al combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., in tema di diritto di azione e, dall'altro, prevenire i rischi, più volte evidenziati in questa sede, derivanti da una lettura formalistica del dato normativo, di una preclusione dell'accesso alla tutela giurisdizionale in capo a soggetti pienamente muniti di un interesse qualificato.

Sono evidenti, in questo senso, le relazioni tra la tutela giurisdizionale e il principio di trasparenza, che, così, finisce per avere una valenza, anche in un momento patologico (e apparentemente tardivo), ossia quello del ricorso all'autorità giudiziaria, in termini di effettività e di non preclusione, sì da permettere, se del caso, l'annullamento del bando impugnato ed un più equo esercizio dell'azione amministrativa, conformemente allo spirito della nostra Costituzione.

BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ANTONIAZZI S., *Contratti ad evidenza pubblica e responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la recente evoluzione positiva*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2004.
- ARENA G., *Le diverse finalità della trasparenza amministrativa*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- AZZARITI G., *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti di società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991.
- BACCARINI S., *Clausole "non escludenti" dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in *Giust. Amm.*, 2002.
- BOMBARDELLI M., *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- BOMBARDELLI M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013.
- BONOMO, *Il Codice della trasparenza e il nuovo regime di conoscibilità dei dati pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988.
- CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CANAPARO P., *La via italiana alla trasparenza pubblica: il diritto di informazione indifferenziato e il ruolo proattivo delle pubbliche amministrazioni*, in *Federalismi*, n. 4/2014.

- CANNADA BARTOLI E., *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991.
- CANNADA BARTOLI E., *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. it.*, 1992.
- CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993.
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012.
- CARLONI E., *Gli strumenti della trasparenza nel sistema amministrativo italiano e la sua effettività: forme di conoscibilità, quantità e qualità delle informazioni*, in F. MERLONI, G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2000.
- CASSARINO S., *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- CATALANO G., *Onere di immediata impugnazione dei bandi di gara: la parola all'adunanza plenaria*, in www.nuovefrontieredeldiritto.it.
- CAVALLO PERIN R., *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo* (voce), in *Dig. IV disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000.
- CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Damm* 1/2000.
- CAVALLO PERIN R. –RACCA G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Damm*, 2010.
- CERULLI IRELLI V., *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.

- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1950.
- CONTESSA C., *La tipicità delle clausole escludenti negli appalti: la Plenaria alla ricerca di equilibri*, in *Giur. it.*, 5/2014.
- CUDIA, *Trasparenza amministrativa e pretesa del cittadino all'informazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007.
- DAVID, *Il d.lgs. 33/2013 in tema di trasparenza: ricognizione di nuovi oneri per le amministrazioni pubbliche interessate*, in *diritto.it*, 2013.
- D'ELIA G., *Il bando come lex specialis e la natura degli atti amministrativi a contenuto generale*, in *Foro Amm. C.d.S.*, n. 2/2010.
- DEL GIUDICE F. (a cura di), *Nuovo dizionario giuridico*, Napoli, 1996.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- FOÀ S., *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, n. 11/2014.
- FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2006.
- FRATICELLI C., *Art. 64. Bando di gara*, in F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2012.
- GALLO C.E., *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento*, in *Urb. e app.*, n. 4/2003.
- GALLO C.E., *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, c. 1 bis del codice dei contratti pubblici*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011.
- GAMBARDELLA F., *Contributo allo studio del regime giuridico del bando di gara*, Napoli, 2012.
- GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Roma-Molfetta, 2010.

- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- GIGLIONI F., LARICCIA S., *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000.
- GILIBERTI B., *La tassatività delle clausole di esclusione. L'art. 46 comma 1 bis d.lg. 16 aprile 2006 n. 163: bilancio di una riforma*, in *Foro Amm. TAR*, 2013.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- LABAND P., *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1907.
- LEONE G., *Brevi note a margine della legge n. 205 del 2000. Un passo avanti verso il "giusto processo amministrativo"?*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2001.
- LIGUORI F., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002.
- MANGANARO F., *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in www.astrid-online.it, 2009.
- MARENGHI G.M., *Il bando di gara e la certezza delle regole negli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2011.
- MARRAMA R., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.
- MARSOCCI P., *Gli obblighi di diffusione delle informazioni e il d.lgs. 33/2013 nell'interpretazione del modello costituzionale di amministrazione*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4, 2013.
- MARTINELLI F., *L'Adunanza Plenaria interviene in materia di impugnazione dei bandi di gara*, in *Urb. e app.*, 5, 2003.
- MASSERA A., *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003.

- MERLONI F., *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in ID., G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.
- MERUSI F., *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2011.
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2011.
- MONTEDURO M., *Interpretazione del bando*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, Padova, 2005.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980.
- OCCHIENA M., *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- PATRONI GRIFFI F., *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 2013.
- PERFETTI L.R., *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2003.
- PERFETTI L.R., *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013.
- PIAZZA L., *L'accesso civico nuova trasparenza per la pubblica amministrazione*, in *diritto.it*, 2013.
- PICOZZA E., *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2, 2000.
- PIOGGIA A., *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- PIZZA P., *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, 2001.

- PONZIO S., *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011.
- RACCA G.M., *Correttezza* (voce), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006.
- RAGANELLI B., *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Milano, 2010.
- RASCIO V., *Il Consiglio di Stato torna a pronunciarsi sull'impugnabilità immediata delle clausole del bando di gara*, in www.neldiritto.it, n. 3/2013.
- RIMOLI F., SALERNO G. (a cura di), *Conoscenza e potere. Le illusioni della trasparenza*, Roma, 2006.
- RISSIO F., *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2013.
- ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Damm* 1/1998.
- ROMANO TASSONE, *Considerazioni in tema di diritto di accesso*, in *Scritti per E. Silvestri*, Milano, 1992.
- SANDULLI A.M., *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- SANDULLI M.A., *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi* (voce), in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000.
- SANTORO PASSARELLI G., *Impresa, contratto collettivo, concorsi privati*, in *Giur. it.*, 1981.
- SAITTA F., *La legittimazione ad impugnare i bandi di gara: considerazioni critiche sugli orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. trim. app.*, 2001.

- SATTA F., *Crisi della giustizia amministrativa?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005.
- SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8-9/2013.
- SPASIANO M.R., *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, in P. CHITI, G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.
- SPASIANO M.R., *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- TANDA P., *La trasparenza nel moderno sistema amministrativo*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2007.
- TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo*, Milano, 2004.
- TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 4, 2005.
- VAIANO D., *L'onere dell'immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2004.
- VILLATA R., "Novità" in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?, in *Dir. proc. amm.*, 1999.
- VINTI S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa*, Padova, 2002.
- VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990.
- VIRGA G., *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare, previsto dall'art. 46 comma 1-bis, del codice degli appalti*, in www.lexitalia.it, 2011, n. 9.
- ULMANN W., *Individuo e società nel Medioevo*, Bari, ed. 1983.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale

C. Cost.,	sent.	n. 70/1961
C. Cost.,	sent.	n. 13/1962
C. Cost.,	sent.	n. 53/1968
C. Cost.,	sent.	n. 23/1978
C. Cost.,	sent.	n. 234/1985
C. Cost.,	sent.	n. 151/1986
C. Cost.,	sent.	n. 978/1988
C. Cost.,	sent.	n. 57/1995
C. Cost.,	sent.	n. 262/1997
C. Cost.,	sent.	n. 40/1998
C. Cost.,	sent.	n. 300/2000
C. Cost.,	sent.	n. 372/2004
C. Cost.,	sent.	n. 172/2005
C. Cost.,	sent.	n. 104/2006
C. Cost.,	sent.	n. 182/2008
C. Cost.,	sent.	n. 85/2009
C. Cost.,	sent.	n. 148/2009
C. Cost.,	sent.	n. 175/2011

Giurisprudenza di legittimità

Cass., SS.UU.,	28 settembre 1955,	n. 2658
Cass.,	10 luglio 1956,	n. 2551
Cass.,	12 luglio 1961,	n. 1675
Cass.,	23 gennaio 1967,	n. 200
Cass., SS.UU.,	26 giugno 1986,	n. 4521
Cass., SS.UU.,	29 dicembre 1990,	n. 12221
Cass., sez. I,	3 gennaio 2001,	n. 59
Cass., sez. III,	10 giugno 2005,	n. 12313
Cass.,	18 giugno 2005,	n. 13164

Giurisprudenza amministrativa

Cons. St.,	sez. IV,	26 ottobre 1971,	n. 898
Cons. St.,	sez. V,	1° febbraio 1974,	n. 67
Cons. St.,	sez. VI,	8 luglio 1975,	n. 300
Cons. St.,	sez. IV,	3 maggio 1977,	n. 455
Cons. St.,	sez. IV,	15 dicembre 1978,	n. 1227
Cons. St.,	sez. IV,	10 maggio 1984,	n. 325
Cons. St., Ad. Plen.,		19 giugno 1986,	n. 6
Cons. St.,	sez. V,	21 ottobre 1991,	n. 1250
Cons. St.,	sez. VI,	27 marzo 1992,	n. 193
Cons. St.,	sez. IV,	26 novembre 1993,	n. 1036
Cons. St.,	sez. VI,	7 dicembre 1993,	n. 966
TAR Lombardia – Brescia,		13 dicembre 1993,	n. 1042
Cons. St.	sez. VI,	19 luglio 1994,	n. 1243
Cons. St.,	sez. VI,	3 febbraio 1995,	n. 158
Cons. St.,	sez. V,	22 marzo 1995,	n. 454
Cons. St.,	sez. VI,	13 giugno 1995,	n. 588
Cons. St.,	sez. VI,	18 luglio 1995,	n. 754
Cons. St.,	sez. VI,	19 ottobre 1995,	n. 1190
Cons. St.,	sez. VI,	23 ottobre 1995,	n. 830
Cons. St.,	sez. IV,	3 febbraio 1996,	n. 98
Cons. St.,	sez. VI,	24 maggio 1996,	n. 727
Cons. St.,	sez. VI,	10 giugno 1996,	n. 1024
Cons. St.,	sez. V,	26 giugno 1996,	n. 792
Cons. St.,	sez. V,	20 agosto 1996,	n. 937
Cons. St.,	sez. IV,	10 settembre 1996,	n. 1024
Cons. St.,	sez. VI,	1° ottobre 1996,	n. 1288
Cons. St.,	sez. IV,	28 ottobre 1996,	n. 1159
Cons. St., Ad. Plen.,		4 febbraio 1997,	n. 5
Cons. St.,	sez. IV,	4 febbraio 1997,	n. 82
Cons. St.,	sez. IV,	17 febbraio 1997,	n. 125
TAR Lombardia – Milano,		2 aprile 1997,	n. 354
TAR Lazio,	sez. III,	8 maggio 1997,	n. 1034
Cons. St.,	sez. IV,	17 giugno 1997,	n. 649
Cons. St.,	sez. V,	14 luglio 1997,	n. 821
Cons. St.,	sez. IV,	31 ottobre 1997,	n. 1249
Cons. St.,	sez. IV,	15 gennaio 1998,	n. 14
TAR Lazio,	sez. III,	23 gennaio 1998,	n. 297
Cons. St.,	sez. IV,	11 febbraio 1998,	n. 261

TAR Lazio,	sez. I,	20 aprile 1998,	n. 1316
Cons. St.,	sez. V,	11 maggio 1998,	n. 225
Cons. St.,	sez. IV,	18 maggio 1998,	n. 840
Cons. St.,	sez. IV,	27 agosto 1998,	n. 1137
Cons. St.,	sez. V,	3 settembre 1998,	n. 591
TAR Lombardia – Milano,	sez. III,	23 settembre 1998,	n. 2162
Cons. St.,	sez. VI,	30 settembre 1998,	n. 1346
Cons. St.,	sez. IV,	20 novembre 1998,	n. 1619
Cons. St.,	sez. VI,	3 dicembre 1998,	n. 1649
Cons. St., Ad. Plen.,		4 dicembre 1998,	n. 1
Cons. St.,	sez. VI,	16 dicembre 1998,	n. 1683
Cons. St.,	sez. IV,	29 dicembre 1998,	n. 1605
Cons. St.,	sez. V,	31 dicembre 1998,	n. 1996
Cons. St.,	sez. V,	11 gennaio 1999,	n. 1757
Cons. St.,	sez. V,	29 gennaio 1999,	n. 90
Cons. St.,	sez. V,	10 marzo 1999,	n. 228
Cons. St.,	sez. V,	22 marzo 1999,	n. 302
Cons. St.,	sez. VI,	10 agosto 1999,	n. 1020
Cons. St.,	sez. VI,	15 novembre 1999,	n. 1810
Cons. St.,	sez. V,	10 aprile 2000,	n. 2079
Cons. St.,	sez. V,	17 maggio 2000,	n. 2884
Cons. St.,	sez. V,	23 maggio 2000,	n. 2990
Cons. St.,	sez. V,	6 ottobre 2000,	n. 5328
Cons. St.,	sez. VI,	27 dicembre 2000,	n. 6875
Cons. St.,	sez. IV,	1° febbraio 2001,	n. 399
Cons. St.,	sez. II,	7 febbraio 2001,	n. 48
Cons. St.,	sez. II,	7 marzo 2001,	n. 149
Cons. St.,	sez. VI,	7 maggio 2001,	n. 2541
Cons. St.,	sez. V,	14 maggio 2001,	n. 2645
Cons. St.,	sez. V,	15 giugno 2001,	n. 3187
Cons. St.,	sez. V,	3 settembre 2001,	n.. 4586
Cons. St.,	sez. IV,	12 ottobre 2001,	n. 5356
Cons. St.,	sez. V,	24 ottobre 2001,	n. 5602
Cons. St.,	sez. V,	15 novembre 2001,	n. 5840
Cons. St.,	sez. V,	3 dicembre 2001,	n. 6018
Cons. St.,	sez. V,	22 maggio 2001,	n. 2830
Cons. St.,	sez. V,	3 gennaio 2002,	n. 5
Cons. St.,	sez. V,	16 gennaio 2002,	n. 226
Cons. St.,	sez. V,	21 gennaio 2002,	n. 350

Cons. St.,	sez. IV,	23 gennaio 2002,	n. 397
TAR Campania – Napoli,	sez. II,	26 febbraio 2002,	n. 1071
Cons. St.,	sez. V,	6 marzo 2002,	n. 1342
Cons. St.,	sez. V, ord.	6 maggio 2002,	n. 2406
Cons. St.,	sez. V,	6 giugno 2002,	n. 3182
Cons. St.,	sez. V,	3 ottobre 2002,	n. 5206
TAR Veneto – Venezia,	sez. I,	27 novembre 2002,	n. 6426
Cons. St.,	sez. V,	18 dicembre 2002,	n. 7055
Cons. St.,	sez. IV,	23 dicembre 2002,	n. 7277
Cons. St.,	sez. V,	10 gennaio 2003,	n. 35
Cons. St.,	sez. V,	22 gennaio 2003,	n. 253
Cons. St., Ad. Plen.,		23 gennaio 2003,	n. 1
Cons. St.,	sez. V,	25 gennaio 2003,	n. 357
TAR Puglia – Bari,	sez. I,	28 gennaio 2003,	n. 394
Cons. St.,	sez. V,	14 febbraio 2003,	n. 794
Cons. St.,	sez. IV,	19 marzo 2003,	n. 1457
Cons. St., Ad. Plen.,		26 marzo 2003,	n. 6
Cons. St.,	sez. V,	16 aprile 2003,	n. 1993
Cons. St.,	sez. V,	30 giugno 2003,	n. 3866
Cons. St.,	sez. V,	29 marzo 2004,	n. 1660
Cons. St.,	sez. V,	15 aprile 2004,	n. 2162
TAR Campania, Salerno, I,		3 maggio 2004,	n. 329
Cons. St.,	sez. IV,	22 ottobre 2004,	n. 6970
Cons. St.,	sez. IV,	22 ottobre 2004,	n. 6972
Cons. St.,	sez. V,	10 gennaio 2005,	n. 32
Cons. St.,	sez. IV,	21 febbraio 2005,	n. 536
Cons. St.,	sez. V,	16 marzo 2005,	n. 1080
Cons. St.,	sez. V,	24 marzo 2005,	n. 1258
TAR Lombardia – Brescia,		17 aprile 2005,	n. 317
Cons. St.,	sez. VI,	18 aprile 2005,	
TAR Campania,	sez. V,	28 aprile 2005,	n. 5000
TAR Liguria – Genova,	sez. II,	23 giugno 2005,	n. 940
Cons. St.,	sez. VI,	27 giugno 2005,	n. 3417
Cons. St.,	sez. V,	30 agosto 2005,	n. 4413
Cons. St., Ad. Plen.,		5 settembre 2005,	n. 5
Cons. St., Ad. Plen.,		5 settembre 2005,	n. 6
Cons. St.,	sez. IV,	22 settembre 2005,	n. 5005
TAR Lazio – Latina,	sez. I,	3 ottobre 2005,	n. 914
Cons. St.,	sez. IV,	5 ottobre 2005,	n. 5360

Cons. St.,	sez. IV,	5 ottobre 2005,	n. 5367
TAR Marche,	sez. I,	11 ottobre 2005,	n. 977
TAR Emilia Romagna – Parma,	sez. I,	13 dicembre 2005,	n. 580
Cons. St.,	sez. V,	15 dicembre 2005,	n. 7139
TAR Friuli Venezia Giulia – Trieste,	sez. I,	16 dicembre 2005,	n. 1007
Cons. St.,	sez. VI,	16 gennaio 2006,	n. 86
Cons. St.,	sez. V,	18 gennaio 2006,	n. 113
Cons. St.,	sez. V,	31 gennaio 2006,	n. 363
TAR Emilia Romagna – Parma,		8 marzo 2006,	n. 89
TAR Campania – Napoli,	sez. V,	16 marzo 2006,	n. 3029
Cons. St.,	sez. IV,	21 febbraio 2006,	n. 579
Cons. St.,	sez. V,	21 aprile 2006,	n. 2260
Cons. St.,	sez. VI,	22 maggio 2006,	n. 2959
TAR Sicilia – Catania,	sez. IV,	19 giugno 2006,	n. 1021
Cons. St.,	sez. V,	28 giugno 2006,	n. 4201
TAR Campania,	sez. V,	28 luglio 2006,	n. 7229
TAR Lazio – Roma,	sez. III,	3 agosto 2006,	n. 6912
Cons. St.,	sez. V,	29 agosto 2006,	n. 5035
Cons. St.,	sez. VI,	14 settembre 2006,	n. 5323
Cons. St.,	sez. IV,	15 settembre 2006,	n. 5377
TAR Calabria – Catanzaro,	sez. I,	18 settembre 2006,	n. 984
TAR Calabria – Reggio Calabria,		6 dicembre 2006,	n. 1775
Cons. St.,	sez. V,	10 gennaio 2007,	n. 37
Cons. St.,	sez. V,	24 gennaio 2007,	n. 256
TAR Sicilia – Catania,	sez. IV,	8 febbraio 2007,	n. 223
TAR Sicilia – Palermo,	sez. III,	12 febbraio 2007,	n. 511
Cons. St.,	sez. V,	15 febbraio 2007,	n. 647
Cons. St.,	sez. IV,	12 marzo 2007,	n. 1186
Cons. St.,	sez. VI,	3 maggio 2007,	n. 1949
Cons. St.,	sez. IV,	12 giugno 2007,	n. 3103
TAR Puglia – Bari,	sez. I,	5 luglio 2007,	n. 1754
TAR Sicilia – Catania,	sez. III,	4 ottobre 2007,	n. 1567
Cons. St.,	sez. VI,	25 gennaio 2008,	n. 212
Cons. St.,	sez. V,	14 aprile 2008,	n. 1599
TAR Liguria – Genova,	sez. I,	4 giugno 2008,	n. 1220
TAR Sicilia – Palermo,	sez. I,	26 giugno 2008,	n. 853
Cons. St.,	sez. VI,	30 settembre 2008,	n. 4699
Cons. St.,	sez. V,	14 ottobre 2008,	n. 4971

Cons. St.,	sez. V,	17 ottobre 2008,	n. 5095
Cons. St.,	sez. VI,	5 dicembre 2008,	n. 5943
TAR Campania – Napoli,	sez. III,	26 maggio 2009,	n. 2939
Cons. St.,	sez. V,	3 febbraio 2009,	n. 1222
TAR Sardegna – Cagliari,	sez. I,	12 giugno 2009,	n. 976
Cons. St.,	sez. V,	19 giugno 2009,	n. 4028
TAR Lazio – Roma,	sez. III,	22 giugno 2009,	n. 5986
TAR Lazio – Roma,	sez. II,	7 luglio 2009,	n. 6527
TAR Trentino Alto Adige,	sez. I,	30 luglio 2009,	n. 228
Cons. St.,	sez. V,	25 agosto 2009,	n. 5038
Cons. St.,	sez. V,	28 agosto 2009,	n. 5105
Cons. St.,	sez. V,	7 settembre 2009,	n. 5245
Cons. St.,	sez. VI,	18 settembre 2009,	n. 5626
TAR, Puglia – Lecce,	sez. III,	6 ottobre 2009,	n. 2247
Cons. St.,	sez. V,	19 novembre 2009,	n. 7259
TAR Emilia Romagna, Bologna, II,		19 novembre 2009,	n. 2376
Cons. St.,	sez. V,	22 marzo 2010,	n. 1652
Cons. St.,	sez. VI,	10 maggio 2010,	n. 2814
Cons. St.,	sez. V,	21 maggio 2010,	n. 3208
Cons. St.,	sez. V,	28 maggio 2010,	n. 3393
Cons. St.,	sez. VI,	15 giugno 2010,	n. 3740
Cons. St.,	sez. V,	23 giugno 2010,	n. 3964
TAR Calabria – Reggio Calabria,	sez. I,	2 luglio 2010,	n. 682
TAR Toscana – Firenze,	sez. II,	6 luglio 2010,	n. 2317
Cons. St.,	sez. V,	12 luglio 2010,	n. 4478
Cons. St.,	sez. V,	2 agosto 2010,	n. 5075
Cons. St.,	sez. V,	1° ottobre 2010,	n. 7262
Cons. St.,	sez. IV,	7 settembre 2010,	n. 6485
Cons. St.,	sez. V,	8 settembre 2010,	n. 6489
TAR Umbria,		13 ottobre 2010,	n. 484
Cons. St.,	sez. VI,	15 dicembre 2010,	n. 8893
Cons. St.,	sez. V,	4 gennaio 2011,	n. 11
Cons. St.,	sez. V,	11 gennaio 2011,	n. 78
TAR Lazio – Roma,	sez. III,	11 gennaio 2011,	n. 85
Cons. St.,	sez. V,	13 gennaio 2011,	n. 172
TAR Calabria – Catanzaro,	sez. II,	14 gennaio 2011,	n. 59
Cons. St.,	sez. VI,	3 febbraio 2011,	n. 780
TAR Campania – Napoli,	sez. VIII,	9 febbraio 2011,	n. 764

TAR Sicilia – Palermo,	sez. III,	1° marzo 2011,	n. 371
Cons. St.,	sez. V,	4 marzo 2011,	n. 1380
Cons. St., Ad. Plen.,		7 aprile 2011,	n. 4
TAR Puglia – Bari,	sez. III,	13 aprile 2011,	n. 580
TAR Puglia – Bari,	sez. I,	11 maggio 2011,	n. 691
Cons. St.,	sez. V,	25 maggio 2011,	n. 3132
Cons. St.,	sez. VI,	7 giugno 2011,	n. 3422
TAR Campania – Salerno,	sez. II,	28 giugno 2011,	n. 1214
TAR Sicilia – Catania,	sez. I,	2 luglio 2011,	n. 1650
Cons. St.,	sez. VI,	14 luglio 2011,	n. 4278
Cons. St., Ad. Plen.,		28 luglio 2011,	n. 13
Cons. St.,	sez. IV,	28 agosto 2011,	n. 4572
Cons. St.,	sez. V,	7 settembre 2011,	n. 5032
Cons. St.,	sez. V,	9 settembre 2011,	n. 5066
Cons. St.,	sez. V,	9 settembre 2011,	n. 5073
Cons. St.,	sez. V,	19 settembre 2011,	n. 5282
Cons. St.,	sez. VI,	4 ottobre 2011,	n. 5434
Cons. St.,	sez. V,	5 ottobre 2011,	n. 5454
TAR Sicilia – Catania,	sez. I,	18 novembre 2011,	n. 2715
Cons. St.,	sez. III,	14 dicembre 2011,	n. 6569
TAR Liguria – Genova,	sez. II,	15 dicembre 2011,	n. 1841
TAR Lazio – Roma,	sez. III,	14 gennaio 2012,	n. 354
TAR Basilicata,		22 gennaio 2012,	n. 12
Cons. St.,	sez. III,	16 marzo 2012,	n. 1471
TAR Puglia - Bari,	sez. I,	4 aprile 2012,	n. 661
TAR Toscana – Firenze,	sez. II,	11 aprile 2012,	n. 700
TAR Umbria – Perugia,	sez. I,	20 aprile 2012,	n. 130
Cons. St.,	sez. IV,	22 maggio, 2012,	n. 2988
Cons. St.,	sez. V,	6 giugno 2012,	n. 3319
Cons. St.,	sez. III,	18 giugno 2012,	n. 3550
Cons. St.,	sez. V,	22 giugno 2012,	n. 3687
TAR Calabria – Catanzaro,	sez. II,	22 giugno 2012,	n. 654
TAR Sicilia – Catania,	sez. II,	4 luglio 2012,	n. 1656
Cons. St.,	sez. III,	14 novembre 2012,	n. 5758
Cons. St., Ad. Plen.,		16 ottobre 2013,	n. 23
Cons. St.,	sez. V,	24 ottobre 2013,	n. 5155
Cons. St.,	sez. III,	4 febbraio 2014,	n. 507

Giurisprudenza comunitaria

CGCE,	20 settembre 1988,	C-31/87
CGCE,	22 giugno 1989,	C-103/88
CGCE,	24 ottobre 1996,	C-32/95
Trib. CE,	19 giugno 1997,	T-260/94
CGCE,	17 settembre 2002,	C-513/99
CGCE,	12 dicembre 2002,	C-470/99
CGCE	27 febbraio 2003,	C-327/00
CGCE,	19 giugno 2003,	C-315/01
CGCE,	12 febbraio 2004, n. 230,	C-230/02
CGCE,	7 ottobre 2004,	C-247/2002
CGCE,	3 marzo 2005,	C-21/03 e C-34/03
CGCE,	27 ottobre 2005,	C-234/03
CGCE,	24 gennaio 2008,	C-532/06
CGCE,	19 giugno 2008,	C-454/06
CGCE,	16 dicembre 2008,	C-213/07
CGCE,	13 aprile 2010,	C-91/08
CGCE,	29 aprile 2010,	C-160/08